Der „Grundgedanke" des Strafgesetzes nach § 2 StGB n. F.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät
der
Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Robert Heinrich
in München.

1939

Pilger-Druckerei G. m. b. H., Speyer a. Rh.

Hauptberichterstatter: Prof. Dr. Edmund Mezger.
Mitberichterstatter: Prof. Dr. Franz Exner.

Tag der Genehmigung: 14. Juni 1938.

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Schrifttum.

I. Allgemeines.

Ackermann, Das Analogieverbot, Strfr. Abh. 348.

Akademie-Denkschrift = Freisler, Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts. Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht 1934.

Allfeld, Zum Problem der Analogie im Strafrecht. GS 107, 309 ff.

Amtl. Begr. = Amtliche Begründung zum „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs" vom 28. Juni 1935, Amtliche Sonderveröffentlichungen der Deutschen Justiz, Heft 10, 1935.

Becker, Die richterliche Rechtsschöpfung in der strafrechtlichen Praxis, DJ 1937, 457 ff.

Becker, Die entsprechende Anwendung der Strafgesetze, GS 106, 432 ff.

Bepler, Übersicht über die Rechtsprechung der deutschen Gerichte zur entsprechenden Anwendung von Strafgesetzen. JW 1938, 1553 ff.

Biron, Rechtsanalogie beim Mangel im Tatbestand; ZWehrR 1936, 183 ff.

Brinkmann, Grenzen analoger Anwendung von Strafgesetzen; DJ 1935, 1587 ff.

Bung, Legalität und Analogie im Strafrecht; Jugend und Recht 1935, 228 ff.

Dahm, Richter und Gesetz auf dem Haager Kongreß für Rechtsvergleichung. ZAkDR. 1937, 737 ff.

Dahm, Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft. ZStrW 57 (1937), 225 ff.; 261 ff.;
auch: Sonderabdruck: „Methode und System des neuen Strafrechts", 1937.

Dahm, Beibehaltung oder Abschaffung des Grundsatzes „Nulla poena sine lege". In: Deutsche Landesreferate zum II. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag 1937, Sonderheft des 11. Jahrg. der „Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht" 1937, S. 514 ff.

Dalcke, Strafrecht und Strafprozeß. Bearb. v. Fuhrmann — Krug — Schäfer. 29. Aufl., 1938.

Dreier, Die Analogie im Strafrecht und die Erneuerung des Strafrechts im Dritten Reich. 1937.

Erler, Rechtsprechung im Umbruch. DGWR 1937, 217 ff., 237 ff.

Enneccerus — Kipp — Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 1, Einleitung, Allgemeiner Teil, bearb. v. Nipperdey, 13. Bearb., 1931.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl., 1931.

Frank Nachtr. = E. Schäfer — v. Dohnanyi, Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931—1935. 1936.

Freisler, Volk, Richter und Recht. DJ 1935, 1161 ff.

Freisler, Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers. DStrR 2 (1935), 1 ff. Auch: Schriften der Akademie f. Deutsches Recht, Sonderdruck Nr. 2, 1935.

Freisler, Die Strafrechtsnovellen vom Juni 1935 — ein Markstein nationalsozialistischer Rechtserneuerung. Jahrbuch des Deutschen Rechts 1935, 520 ff.

Freisler, Zur Befreiung des Rechtsdenkens. DJ 1936, 1568 ff.

Gleispach, Die jüngsten Strafrechtsnovellen Danzigs vor dem Permanenten Gerichtshof für internationales Recht im Haag. DtRecht 1936, 23 ff.

Gleispach, Richterliche Rechtsschöpfung oder Nullum crimen sine lege? ZAkDR 1936, 267 ff.

Goedel, Der § 2 StGB neue Fassung in der Rechtsprechung, DJ 1938, 587 ff.

Grimm, Die Danziger Strafrechtsnovellen vor dem Völkerbund, DJ 1936, 213.

Gürtner, Der Gedanke der Gerechtigkeit in der Deutschen Strafrechtserneuerung (Vortrag auf dem XI. Internationalen Strafrechtskongreß) DJ 1935, 1241 ff.

Gürtner, I, II = Gürtner, Das kommende Deutsche Strafrecht. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission. Herausgegeben vom Reichsjustizminister Dr. Franz Gürtner.
Bd. I. Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1936.
Bd. II. Besonderer Teil, 2. Aufl., 1936.

v. Hippel, Deutsches Strafrecht. Bd. I 1925; Bd. II 1930.

Hubernagel, Die Strafrechtsanalogie in Beispielen. DJZ 1935, 1203 ff.

Krämer, Die Analogie im Strafrecht nach bisherigem und neuem Recht. Diss. Erlangen, 1936.

Kohlrausch, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen. 32. Aufl. 1936; 33. Aufl. 1937 (wo nicht besonders vermerkt, ist diese zitiert).

Lehmann, Die Strafprozeßnovelle vom 28. Juni 1935. DJ 1935, 999 ff.

Leipz. Komm. = Reichsstrafgesetzbuch von Ebermayer — Lobe — Rosenberg; Allg. Teil, bearb. von Lobe, 5. Aufl. 1933, sonst 4. Aufl. 1929.

v. Liszt — Schmidt = v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, bearb. v. Schmidt. Bd. I., 26. Aufl., 1932; Bd. II. 25. Aufl., 1927.

Lobe, Hoffnungen und Entwürfe. GS 105, 257 ff.

H. Mayer, Lehrbuch = Hellmuth Mayer, Das Strafrecht des Deutschen Volkes. 1936.

Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch. 2. Aufl., 1933.

Mezger, Leitfaden = Mezger, Deutsches Strafrecht. Ein Leitfaden. 1936.

Mezger, Das neue Strafrecht und die Strafrechtswissenschaft. DJZ 1936, 601 ff.

Mezger, Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. ZStrW 55 (1936), 1 ff.

Mezger, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht. ZAkDR 1937, 457 ff.

Mezger, Die fortgesetzte Handlung und das neue Strafrecht, ZAkDR 1936, 929 ff.

Mezger, Strafrechtsmethodik und Rechtsprechung, ZAkDR 1938, 116 ff.

Mezger, Die Straftat als Ganzes, ZStrW 57, 675 ff.

Niethammer, Ungeschriebenes Strafrecht. ZStrW 55 (1936), 745 ff.

NS Handbuch = Dr. Hans Frank. Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung. 2. Aufl., 1935.

NS Leitsätze II = Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues Deutsches Strafrecht. Besonderer (2.) Teil. 1936. Herausgegeben vom Reichsleiter des Reichsrechtsamtes der NSDAP, Dr. Hans Frank.

Olshausen = Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bearb. v. Lorenz u. a.; 11. Aufl., 1927.

Olshausen Nachtr. = Ergänzungsband zum vorigen, von Freiesleben — Kirchner — Niethammer, 1936.

Rejewski, Die Stellung des Strafrichters zur „Schuldfrage", Strfr. Abh. 384.

Riedinger, § 2 des Strafgesetzbuchs und die Methode des strafrechtlichen Denkens. DJR 1936, 231 f.

Ernst Schäfer, Die leitenden Gedanken der beiden Gesetze zur Änderung des Strafgesetzbuchs sowie zur Änderung des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 28. Juni 1935. DJ 1935, 991 ff.

Karl Schäfer, Das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 28. Juni 1935. JW 1935, 2323 ff.

Leopold Schäfer, Die Einzelheiten der Strafgesetznovelle vom 28. Juni 1935. DJ 1935, 994 ff.

Leopold Schäfer, Die großen Novellen zum Strafrecht und Strafverfahren vom 28. Juni 1935. RVBl 1935, 869 ff.

Schaffstein, Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. ZStrW 55, 18 ff.

Schem, Die Analogie im Strafrecht in ihrer geschichtlichen Entwicklung und heutigen Bedeutung. Strfr. Abh. 369.

Schinnerer, Analogie und Rechtsschöpfung. ZStrW 55, 768 ff.

Schönke, Zur Frage der richterlichen Rechtsschöpfung (Analogie) im neueren ausländischen Schrifttum und in der neueren ausländischen Praxis. DJ 1937, 1613 ff.

Schönke, Zur Frage der richterlichen Rechtsschöpfung (Analogie) im neueren ausländischen Schrifttum, DJ 1936, 1466.

Schwarz, Die jüngsten Strafrechtsnovellen als Pioniere der großen Strafrechtsreform, ZAkDR 1936, 116 ff.

Schwarz, Der Laienrichter beim Rechtsrügegericht, ZAkDR 1936, 623.

Schwarz, Die richterliche Rechtsschöpfung in der strafrechtlichen Praxis; GS 110, 369 ff.

Schwarz, Die Strafrechtsnovellen vom 28. Juni 1935. GS 106, 243 ff.

Schwarz, Die Rechtsanalogie in der Praxis. ZAkDR 1936, 287 ff.

Schwarz, Der Strafrichter als Rechtsschöpfer. DJZ 1936, 209 ff.

Schwarz, Strafgesetzbuch (Kurzkommentar) 5. Aufl. 1938.

Schwinge — Zimmerl, Wesensschau = Schwinge-Zimmerl, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht. 1937.

Siegert, Auslegung und Analogie im heutigen Strafrecht, JW 1935, 889 ff.

Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Bd. Allgemeiner Teil, bearb. v. Riezler, 10. Aufl., 1936. Einleitung von Brändl. (zitiert: Brändl, Bem. . . .).

Sternagel — Haase, Die Analogie im Deutschen Strafrecht vor und nach der Novelle vom 28. Juni 1935, Diss. Heidelberg, 1936.

Zimmerl, Auslegung = Zimmerl, Zur Auslegung des § 2 StGB. In: Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft 1936.

Zimmerl, Gesetz = Zimmerl, Gesetz und materielle Gerechtigkeit im Strafrecht. In: Beiträge zur Neugestaltung des Deutschen Rechts, Festgabe für Erich Jung. 1937.

II. Sonderschrifttum.

Zu § 3:

Binding, Handbuch = Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I 1885.

Zu § 12:

Drost, Prinzipienwandel im Internationalen Strafrecht. ZAkDR 1937, 392 ff.

Schmidt — Klevenow, Territorialitätsgrundsatz und Nürnberger Gesetze. Dt. Recht 1936, 470 ff.

Leppin, Der Schutz des Deutschen Blutes und der Deutschen Ehre. JW 1937, 3076 ff.

v. Ammon, Bestrafung vom im Ausland begangener Rassenschande. JW 1936, 2963 ff.

Stuckart-Globke, Kommentare zur Deutschen Rassegesetzgebung, Bd. 1, Reichsbürgergesetz, Gesetz zum Schutze des Deutschen Blutes und der Deutschen Ehre, Ehegesundheitsgesetz. 1936.

Gütt — Linden — Maßfeller, Blutschutz- und Ehegesundheitsgesetz. 1936.

Kuhn, Das Blutschutzgesetz in der strafrechtlichen Praxis. DJ 1936, 1005 ff.

Kohlrausch, Rasseverrat im Ausland. ZAkDR 1938, 335 ff.

Zu § 14:

Dohna, Der Grundgedanke bei der Verschärfung der Diebstahlsstrafe. Mon. Krim. 1938, 190 ff.

Schneider, Ist ein Schifff kein „umschlossener Raum"? DtRecht 1937, 78 f.

Schmauser, Ausdehnende Anwendung von Strafgesetzen, ZWehrR 1936, 209 ff.

Zu § 15:

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden Deutschen Strafrechts und seiner Reform. 1907. Bd. II. Die Schuld nach dem Strafgesetze.

Binding, Normen = Binding, Die Normen und ihre Übertretung. 2. Aufl., 1916. 2. Bd. Schuld und Vorsatz. 2. Hälfte: Der rechtswidrige Vorsatz.

Mezger, Die sogenannte Ersatzhehlerei, ZAkDR 1938, 163 f.

Zu § 16:

Kempermann, Wesen und Unrechtsgehalt des Betrugs. ZStrW 57, 126.

Becker, Betrug ohne Vermögensschaden. DtRecht 1937, 292 f.

Borst, Der zukünftige Betrugsbegriff, JW 1935, 1221 ff.

Zu § 18:

Schaffstein, Der Meineid in der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts, JW 1938, 145 ff.

Zu § 19:

K. Schäfer, Kann die wissentliche Vortäuschung einer strafbaren Handlung ohne Bezichtigung einer bestimmten Person nach §§ 2, 164 StGB bestraft werden? JW 1937, 381 ff.

Zu § 20:

Hamer, Die Verleitung und Unterstützung zum Selbstmorde nach dem geltenden und kommenden Strafrecht. Diss. Göttingen 1936.

Weimar, Sind Selbstmordversuch und Teilnahme hieran strafbar? DJZ 1936, 174.

Zu § 21:
Bruns, Können die Organe juristischer Personen, die im Interesse ihrer Körperschaften Rechtsgüter Dritter verletzen, bestraft werden? Strfr. Abh. 295.

Brinkmann, Behebung der Gläubigernot im künftigen Strafrecht. DJ 1936, 1052 ff.

Zu § 23:
Rößler, Verletzung der Unterhaltspflicht. Voraussetzungen der Strafbarkeit nach § 361 Nr. 10 StGB. JW 1937, 2496 ff.

v. Rozycki — v. Hoewel, Strafrechtlicher Schutz des Unterhaltsanspruchs. DtRecht 1938, 200 ff.

Zu § 24:
May, Kleinkraftfahrer und Führerflucht. DAutoR 1936, 39.

Gülde, Auswirkungen der Strafgesetznovelle vom 28. Juni 1935 auf das Straßenverkehrsrecht. JW 1935, 3354.

Steffan, Auswirkungen der Strafgesetznovelle vom 28. Juni 1935 auf das Straßenverkehrsrecht. JW 1936, 982.

Steffan, Strafwürdigkeit auf Grund gesunden Volksempfindens. „Das Recht des Kraftfahrers" 1935, 282.

Hetzell, Die Strafbarkeit der Führerflucht unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten leichten Fälle. DAutoR 1936, 141.

Zu § 25 II:
Schulz, Der Begriff der Verfügung im Devisenrecht. JW 1937, 2940 ff.

Zu § 26:
Gelbert, Die entsprechende Anwendung des Gesetzes im Strafverfahrensrecht. DStrR 5, 15 ff.

Zu §§ 27, 28:
Winkelnkemper, Der strafrechtliche Schutz der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei, ihrer Gliederungen, der ihr angeschlossenen Verbände, deren Uniformen, Abzeichen und Symbole. Diss. Bonn (ohne Jahreszahl; wahrscheinlich 1936).

Koellreutter, Öffentliches Amt und Amtsträger im nationalsozialistischen Staate. RVBl. 1935, 785 ff.

Haidn — Fischer, Das Recht der NSDAP. Vorschriftensammlung mit Anmerkungen, Verweisungen und Sachregister 1937.

du Prel, Partei und Staat, DtRecht 1934, 429 f.

Mezger, Der strafrechtliche Schutz von Staat, Partei und Volk. NS-Handbuch, S. 1377 ff.

Carl Schmitt, Staat, Bewegung, Volk. 1934.

Dietze, Parteidienststellen und Parteimitglieder als Behörden und Beamte im Sinne des Strafrechts. DJZ 1934, 166 ff.

Reuß, Partei und Staat im Dritten Reich. JW 1935, 2314 ff.

Ritter, Bemerkungen zum Wandel der politischen Delikte und der Strafgesetze zum Schutze von Volk, Bewegung und Staat in Recht und Rechtspolitik. JW 1934, 2213 ff.

Menzel, Grundfragen des deutschen Staatsjugendrechts. RVBl 1936, 1088 ff.

Dennewitz, Das Ämterwesen der Behörden und der NSDAP. RVBl 1934, 789 ff.

Zu „Schlußbemerkung":
Schmidt — Rimpler, Zur Gesetzgebungstechnik. S. 75 ff.

Swoboda, Die Rückkehr zu den Grundgedanken des Rechts. S. 87 ff. Beide: „Festschrift Justus Wilhelm Hedemann zum 60. Geburtstag“ 1938.

Fundstellenverzeichnis für die Rechtsprechung.

Die Entscheidungen werden in üblicher Weise nach dem Fundort in der „Amtlichen Sammlung“ zitiert („E.“ für Strafsachen, „RGZ“ für Zivilsachen). Neuere Entscheidungen des RG und andere Gerichte werden, insbesondere soweit mehrere Abdruckstellen in Frage kommen, mit dem Aktenzeichen zitiert. Dieses Fundstellenverzeichnis gibt Auskunft über die Abdruckstellen.

I. Reichsgericht.

a) Großer Senat für Strafsachen:

GSSt 4/36, 9. Dez. 1936: E. 70, 375 = DJ 37, 122 = JW 37, 160 Nr. 10 = ZAkDR 37, 56 m. Anm. Globke = DRpfl 37 Nr. 42.

GSSt 1/37, 23. Febr. 1938: E. 72, 91 = DJ 38, 422 = JW 38, 851 Nr. 1 (Berichtigungsbeschluß vom 30. März 1938: JW 38, 1105 Nr. 1) = ZAkDR 38, 349 f.

b) 1. Senat:

1 D 677/33, 23. Juni 1933: E. 67, 258 = JW 33, 2144 Nr. 33 m. Anm. Doerr.

1 D 1461/33, 5. Jan. 1934: JW 34, 696 Nr. 16.

1 D 104/34, 2. März 1934: JW 34, 1575 Nr. 13.

1 D 1195/34, 3. Dez. 1935: E. 70, 26 = JW 36, 728 Nr. 11 m. Anm. Mezger = DJ 36, 222.

1 D 352/35, 7. Jan. 1936: DJ 36, 290 = JW 36, 1375 Nr. 17.

1 D 910/35, 13. Dez. 1935: E. 70, 32 = JW 36, 881 Nr. 24.

1 D 944/35, 17. Dez. 1935: = JW 36, 882 Nr. 25.

1 D 1023/35, 14. Febr. 1936: E. 70, 130 = JW 36, 1376 Nr. 22.

1 D 65/36, 24. März 1936: E. 70, 177 = JW 36, 1539 Nr. 17 = DAutoR 36, 213 ff.

1 D 373/36, 15. Jan. 1937: JW 37, 753 Nr. 12.

1 D 869/36, 8. Dez. 1936: E. 71, 34 = JW 37, 754 Nr. 14 = DStrR 4, 106 m. Anm. Schäfer.

1 D 1051/36, 15. März 1937: DJ 37, 1004 = JW 37, 1831 Nr. 108.

1 D 1075/36, 28. Mai 1937: E. 71, 221 = DJ 37, 1155 = JW 37, 1794 Nr. 34.

1 D 1100/36, 28. Sept. 1937: E. 71, 341 = JW 37, 3083 Nr. 3 = JW 37, 3299 Nr. 2 m. Anm. Schäfer = ZAkDR 38, 28 m. Anm. Gallas = DStrR 4, 361.

1 D 32/37, 9. Febr. 1937: HRR 37 Nr. 1276.

1 D 41/37, 5. März 1937: = JW 37, 1331 Nr. 30.

1 D 57/37, 1. Okt. 1937: JW 37, 3301 Nr. 5.

1 D 176/37, 6. Apr. 1937: JW 37, 1785 Nr. 17 = HRR 37 Nr. 1426.

1 D 243/37, 7. Mai 1937: JW 37, 1794 Nr. 33 = HRR 38 Nr. 185.

1 D 355/37, 9. Juli 1937: JW 37, 2386 Nr. 45.

1 D 379/37, 29. Juni 1937: DJ 37, 1315 = JW 37, 2509 Nr. 4 m. Anm. Rilk.

1 D 384/37, 16. Juli 1937: E. 71, 288 = DJ 37, 1288 = JW 37, 2445 Nr. 2.

1 D 642/37, 15. Okt. 1937: JW 37, 3092 Nr. 15.

1 D 669/37, 21. Jan. 1938: DJ 38, 304 = JW 38, 801 Nr. 25 = E. 72, 65.
1 D 704/37, 7. Jan. 1938: DJ 38, 378 Nr. 14 m. Anm. Schwinge = DStrR 5, 130 m. Anm. Schäfer.
1 D 790/37, 25. Febr. 1938: E. 72, 96 = JW 38, 1314 Nr. 3 = HRR 38, 711.
1 D 946/37, 8. Febr. 1938: DJ 38, 518 = JW 38, 791 Nr. 8.
1 D 954/37, 25. Febr. 1938: JW 38, 1241 Nr. 4.
1 D 25/38, 18. Febr. 1938: E. 72, 87 = JW 38, 1161 Nr. 7.
1 D 62/38, 15. März 1938: DJ 38, 790 = JW 38, 1515 Nr. 4 m. Anm. Mezger.

2. Senat.

2 D 1528/31, 4. Febr. 1932: DRZ 32 Rspr. S. 230 Nr. 285.
2 D 28/34, 1. Febr. 1934: JW 34, 905.
2 D 1486/34, 17. Juni 1935: E. 69, 231 = DJ 35, 1100 = JW 35, 2202 Nr. 6 = DJZ 35, 977.
2 D 346/35, 23. Febr. 1936: E. 70, 151 = JW 36, 1671 Nr. 9.
2 D 787/35, 13. Jan. 1936: JW 36, 991 Nr. 5 m. Anm. Hartenstein.
2 D 282/36, 25. Mai 1936: E. 70, 218 = DJ 36, 970 = JW 36, 1780 Nr. 16 = DJZ 36, 770.
2 D 622/36, 7. Jan. 1937: E. 71, 7 = DJ 37, 283 = JW 37, 467 Nr. 11 = Dt Rpfl 37 Nr. 100.
2 D 632/36, 29. Okt. 1936: E. 70, 338 = DJ 36, 1814 = JW 37, 176 Nr. 42 = DJZ 36, 1435.
2 D 647/36, 23. Nov. 1936: E. 70, 360 = DJ 36, 1938 m. Anm. Rietzsch = JW 37, 167 Nr. 24 m. Anm. Hensen = ZAkDR 37, 57 m. Anm. Mezger.
2 D 846/36, 26. Apr. 1937: E. 71, 200 = JW 37, 1813 Nr. 76 = DAutoR 37, 208.
2 D 5/37, 4. März: E. 71, 118 = JW 37, 1329 Nr. 25.
2 D 10/37, 22. Apr. 1937: E. 71, 193 = DJ 37, 944 Nr. 2 = JW 37, 1808 Nr. 62 = ZAkDR 37, 437 = Recht 37, 467 Nr. 4839.
2 D 89/37, 11. März 1937: JW 37, 1334 Nr. 38.
2 D 126/37, 15. März 1937: E. 71, 109 = JW 37, 1330 Nr. 29.
2 D 234/37, 14. Juni 1937: E. 71, 265 = DJ 37, 1360 = JW 37, 2378 Nr. 33 = ZAkDR 37, 695.
2 D 284/37, 12. Aug. 1937: JW 37, 2966 Nr. 7 = BankArch 37, 87.
2 D 438/37, 22. Juli 1937: JW 37, 2510 Nr. 6.
2 D 465/37, 16. Sept. 1937: JW 37, 2961 Nr. 2.
2 D 498/37, 27. Sept. 1937: JW 37, 2961 Nr. 1.
2 D 538/37, 29. Nov. 1937: E. 72, 6 = JW 38, 1162 Nr. 9.
2 D 595/37, 20. Dez. 1937: E. 72, 113 = JW 38, 1385 Nr. 1 m. Anm. Schaffstein = ZAkDR 38, 440 m. Anm. Boldt.

3. Senat.

3 D 1455/33, 18. Jan. 1934: E. 68, 20 = DJ 34, 393 = DRZ 34, 73.
3 D 1213/34, 3. Dez. 1934: JW 35, 864 Nr. 14.
3 D 784/35, 17. Dez. 1935: E. 70, 37 = DJ 36, 74 = JW 36, 730 Nr. 13 m. Anm. Rilk.
3 D 62/36, 2. Mai 1936: E. 70, 205 = DJ 36, 904 = JW 36, 2099 Nr. 34.
3 D 192/36, 2. Mai 1936: E. 70, 203 = JW 36, 1974 Nr. 40.
3 D 244/36, 14. Sept. 1936: E. 70, 313 = DJ 36, 1578 = JW 36, 2994 Nr. 14.

3 D 529/36, 29. Juli 1936: JW 36, 2806 Nr. 25.
3 D 652/36, 26. Nov. 1936: JW 37, 942 Nr. 17 m. Anm. Schäfer = Recht 37, 391 Nr. 4082.
3 D 670/36, 10. Dez. 1936: E. 70, 377 = JW 37, 172 Nr. 36.
3 D 913/36, 17. Dez. 1936: E. 70, 355 = JW 37, 702 Nr. 18 m. Anm. Schäfer = Recht 37, 142 Nr. 1546 = DAutoR 37, 60.
3 D 31/37, 4. Febr. 1937: JW 37, 1352 Nr. 63 m. Anm. Schäfer = Recht 37, 467 Nr. 4840.
3 D 260/37, 3. Juni 1937: E. 71, 223 = DJ 37, 1156 = JW 37, 1812 Nr. 68 = ZAkDR 37, 727 = HRR 37 Nr. 1624.
3 D 330/37, 28. Juni 1937: JW 37, 2384 Nr. 40.
3 D 396/37, 28. Juli 1937: JW 37, 2700 Nr. 11 = HRR 38 Nr. 263.
3 D 425/37, 11. Okt. 1937: JW 37, 3085 Nr. 8 = E. 71, 350.
3 D 456/37, 8. Nov. 1937: E. 71, 385 = JW 38, 36 Nr. 10.
3 D 100/37, 21. Juni 1937: DJ 37, 1227 m. Anm. Schäfer = JW 37, 2390 Nr. 51.
3 D 865/37, 20. Jan. 1938: JW 38, 794 Nr. 15.
3 D 911/37, 13. Dez. 1937: DJ 38, 154 = JW 38, 502 Nr. 3.
3 D 1000/37, 6. Jan. 1938: E. 72, 50 = DJ 38, 196 = JW 38, 854 Nr. 3.
3 D 31/38, 14. März 1938: E. 72, 129 = DJ 38, 789 = JW 38, 1106 Nr. 3.
3 D 101/38, 7. März 1938: JW 38, 1313 Nr. 2.

4. Senat.

4 D 35/35, 25. Jan. 1935: RVBl 35, 804 Nr. 3.
4 D 667/35, 23. Juli 1935: DJ 35, 1179.
4 D 97/36, 18. Febr. 1936: DJ 36, 609 = HRR 36 Nr. 848.
4 D 129/36, 27. März 1936: E. 70, 173 = DJ 36, 774 = JW 36, 1673 Nr. 11 = DtRpfl 36 Nr. 492.
4 D 288/36, 26. Mai 1936: E. 70, 220 = DJ 36, 1192 = JW 36, 2234 Nr. 32 m. Anm. Mitzschke.
4 D 510/36, 8. Dez. 1936: E. 70, 367 = DJ 37, 155 m. Anm. Dohnanyi = JW 37, 162 Nr. 13.
4 D 640/36, 29. Sept. 1936: JW 36, 3473 Nr. 54.
4 D 828/36, 1. Dez. 1936: JW 37, 168 Nr. 27.
4 D 905/36, 9. März 1937: JW 37, 1336 Nr. 39.
4 D 943/36, 8. Jan. 1937: JW 37, 1328 Nr. 19 m. Anm. Schäfer = ZAkDR 37, 182 m. Anm. Gleispach.
4 D 980/36, 6. Apr. 1937: JW 37, 1798 Nr. 41.
4 D 228/37, 23. Apr. 1937: E. 71, 198 = DJ 37, 862 = JW 37, 1800 Nr. 49 = ZAkDR 37, 311 m. Anm. Mezger = HRR 37 Nr. 1480.
4 D 261/37, 29. März 1938: JW 38, 1239 Nr. 2.
4 D 546/37, 26. Okt. 1937: JW 37, 3095 Nr. 23 = ZAkDR 38, 168 m. Anm. Krug.
4 D 598/37, 12. Nov. 1937: E. 72, 1 = DJ 38, 115 = JW 38, 169 Nr. 18 = ZAkDR 38, 99 m. Anm. Wolf.
4 D 924/37, 1. Febr. 1938: DStrR 5, 134 m. Anm. Schäfer.
4 D 935/37, 4. März 1938: E. 72, 126 = JW 38, 1159 Nr. 4.
4 D 1015/37, 18. März 1938: E. 72, 146 = DJ 38, 1191 = JW 38, 1585 Nr. 7 = ZAkDR 38, 383 m. Anm. Mezger.
4 D 2/38, 5. Apr. 1938: JW 38, 1517 Nr. 7.

5. Senat.

5 D 532/34, 28. Jan. 1935: JW 35, 1786 Nr. 21.
5 D 95/35, 17. März 1935: JW 35, 2640 Nr. 25.
5 D 326/35, 20. Juni 1935: JW 35, 2369 Nr. 22.

5 D 642/35, 17. Okt. 1935: E. 69, 357 = JW 35, 3313 Nr. 25.
5/6 D 190/36, 30. Apr. 1936: JW 36, 2235 Nr. 34.
5 D 290—2/36, 7. Mai 1936: E. 70, 210 = JW 36, 1678 Nr. 16a.
5 D 481/36, 17. Sept. 1936: E. 70, 324 = JW 37, 165 Nr. 17 (Anm. Schäfer JW 37, 469 Nr. 16).
5 D 498/36, 6. Aug. 1936: E. 70, 277 = JW 36, 2995 Nr. 20.
5 D 927/36, 15. März 1937: E. 71, 112 = DJ 37, 668 = JW 37, 1833 Nr. 115 = HRR 37 Nr. 1627.
5 D 997/36, 23. Aug. 1937: JW 37, 2697 Nr. 4 = DStrR 5, 54b.
5 D 78/37, 7. Okt. 1937: E. 71, 347 = DJ 37, 1743 = JW 37, 3149 Nr. 1 m. Anm. Schäfer.
5 D 130/37, 22. Apr. 1937: E. 71, 196 = DJ 37, 863 = JW 37, 1796 Nr. 36 m. Anm. Schäfer.
5 D 181/37, 23. Aug. 1937: JW 37, 2899 Nr. 2 = HRR 38 Nr. 258.
5 D 313/37, 24. Mai 1937: JW 37, 2373 Nr. 26 = HRR 37 Nr. 1615.
5 D 438/37, 19. Juli 1937: JW 37, 2698 Nr. 9.
5 D 514/37, 2. Aug. 1937: E. 71, 306 = JW 37, 2643 Nr. 1 = ZAkDR 37, 696 = HRR 38 Nr. 125.
5 D 556/37, 14. Okt. 1937: E. 71, 360 = DJ 37, 1887 = JW 37, 3084 Nr. 6 (Anm. Schaffstein JW 37, 3214 Nr. 3) = HRR 38, 341.
5 D 578/37, 13. Sept. 1937: E. 71, 324 = DJ 37, 1781 = JW 37, 2901 Nr. 4 = ZAkDR 38, 60 m. Anm. Gallas = HRR 38, 338.
5 D 616/37, 20. Sept. 1937: JW 37, 2905 Nr. 13 = HRR 38, 339.
5 D 691/37, 20. Dez. 1937: E. 72, 67 = DJ 38, 516 = JW 38, 1160 Nr. 5.
5 D 731/37, 11. Nov. 1937: E. 71, 390 = JW 38, 852 Nr. 2 = ZAkDR 38, 137 m. Anm. Mezger = DStrR 5, 60.
5 D 99/38, 31. März 1938: DJ 38, 831 = JW 38, 1514 Nr. 2.
5 D 106/38, 21. März 1938: DJ 38, 640 = JW 38, 1315 Nr. 6 = ZAkDR 38, 316 m. Anm. Mezger.
5 D 221/38, 5. Mai 1938: JW 38, 1803 Nr. 2.

6. Senat.

6 D 43/35, 1. Juli 1935: DJ 35, 1736 m. Anm. Henkel.
6 D 171/35, 11. März 1936: JW 36, 2236 Nr. 35.
6 D 299/35, 4. Jan. 1936: HRR 36 Nr. 709.
6 D 140/35, 5. Aug. 1935: JW 35, 2735 Nr. 20.
6 D 117/36, 4. März 1936: JW 36, 1446 Nr. 16.

II. Volksgerichtshof (VGH).

14 J 104/36; 2 H 8/36, 13. März 1936: DJ 36, 1164.

III. Oberlandesgerichte (OLG).

Berlin	2 Ss 1/36, 8. Febr. 1936: JW 36, 2486 Nr. 34 = DStrR 3, 235.
	2 Ss 25/37, 3. April 1937: HRR 37 Nr. 1428 = JW 37, 1799 Nr. 45 = DStrR 4, 263.
	2 Ss 96/37, 20. Nov. 1937: DStrR 5, 64.
	1 Ss 363/37, 21. Jan. 1938: JW 38, 588 Nr. 19 = DStrR 5, 136 m. Anm. Schäfer = DStrR 5, 246.
	1 Ss 251/37, 22. Okt. 1937: JW 38, 508 Nr. 11.
Breslau	18/4 Ss 61/36, 3. Juli 1936: DJ 36, 1269.
Dresden	21 Ws 146/37, 8. Sept. 1937: DStrR 4, 432.
	20 Ss 11/37, 29. April 1937: DStrR 4, 271.
Düsseldorf	Ss 141/35, 29. Jan. 1936: DStrR 3, 373.

Hamburg Ss 86/35, 6. Jan. 1936: DStrR 3, 107.
Jena Ss 34/37, 19. März 1937: JW 37, 1812 Nr. 69.
Ss 109/36, 6. Nov. 1936: JW 37, 181 Nr. 50 = DStrR 4, 61.
Kiel Ss 55/36, 27. Juli 1937: DJ 36, 1694.
Köln Ss 180/35, 6. Dez. 1935: DJ 36, 377.
München 2 Ss 164/37, 25. Nov. 1937: JW 38, 585 Nr. 16 m. Anm. Megow.
Stettin 4 U 19/36, 25. März 1936: JW 37, 241 Nr. 24.

IV. Sondergerichte.

Frankenthal 7 Js 175/37, 10. Nov. 1937: DJ 38, 197.
Stettin 6 SR Ms 14/37, 11. Febr. 1937: DJ 37, 708 m. Anm. Schäfer.
München 16a Js—So 2571/36, 6. Apr. 1937: DStrR 4, 215.

V. Landgerichte (LG).

Amberg 2 Js 304/36, 11. Aug. 1936: JW 36, 3013 Nr. 69 m. Anm. Schäfer.
Bayreuth Ns 55/36, 21. Sept. 1936: DJ 36, 1613.
Chemnitz 3 Ns 2/37, 9. März 1937: JW 37, 1167 Nr. 31.
Erfurt S 1 KMs 3/36, 12. Dez. 1936: DJ 37, 160 m. Anm. Dohnanyi.
Freiburg AK 326/35, 29. Nov. 1935: JW 36, 287.
Guben 2 KLs 37/36, 7. Jan. 1937: DJ 37, 467.
Meiningen 1 KLs 28/36, 22. Okt. 1936: DStrR 5, 52 a.
2 Ns 34/37, 11. Aug. 1937: JW 37, 2697 Nr. 5.
Stolp 1 LsR 24/36, 13. Jan. 1937: JW 37, 1167 Nr. 32.
Ulm KLs 6/37, 26. Jan. 1937: JW 37, 1800 Nr. 50 m. Anm. Schäfer.

VI. Schöffengerichte (SchGer).

Aachen 7 Ms 83/36, 16. März 1937: JW 37, 1802 Nr. 53 a.
Annaberg Ls 9/36, 11. Juni 1936: JW 37, 968 Nr. 66.
Bamberg C 1098/35, 10. März 1936: JW 37, 968 Nr. 67.
Duisburg 5 Ms 51/35 (202/35), 7. Sept. 1935: JW 35, 3128 Nr. 55.
Lauenburg 1 Ls 24/36, 9. Juni 1936: JW 37, 1167 Nr. 32.
Lübeck 2 Ss 5/37, 16. März 1937: JW 37, 3216 Nr. 6.
Mannheim (2) 4 Ms 5/36, 22. Mai 1936: DJ 36, 1239.
Verden/Aller 2 Ms 3/37, 14. Jan. 1937: DJ 37, 468.
Nürnberg Ms 73/37, 24. Juni 1937: DStrR 5, 68.

VII. Luftwaffengericht VI Kiel.

StPLJ 12 a—c/37, 15. Juni 1937: JW 37, 2391 Nr. 56.

VIII. Amtsgerichte (AG).

Apolda 3 Cs 3/36, 7. Febr. 1936: JW 36, 1701 Nr. 38 m. Anm. Schäfer.

Bautzen	13 Ds 39/36, 19. Jan. 1937: JW 37, 1838 Nr. 133.
Braunschweig	25 Ds 32/36, 22. April 1936: JW 36, 3014 Nr. 70 m. Anm. Schäfer.
Burgau	PLs 422/36, 1. Dez. 1936: DJ 37, 123 m. Anm. Grau.
Hamburg	84 Ds 2073/36, 24. März 1936: JW 36, 3496 Nr. 87.
Homburg (Saar)	5 Es 213/36, 2. Sept. 1936: JW 36, 3015 Nr. 71 m. Anm. Schäfer.
Leipzig	124 Ds 25. Sept. 1936: DJ 38, 341.
Mücheln	3 D 2/37, 9. Febr. 1937: JW 37, 1802 Nr. 53 b.
München	7 Es 495/37, 19. März 1937: JW 37, 1790 Nr. 25 m. Anm. Schäfer.
Radebeul	3 Ds 19/37, 16. Nov. 1937: JW 38, 168 Nr. 15.
Stadtroda	DLs 3/35, 18. Nov. 1935: JW 36, 1702 Nr. 39 m. Anm. Schäfer.
Strausberg	4 DLs 5/35, 15. Jan. 1936: JW 36, 1229 Nr. 23 m. Anm. Schäfer.
Traunstein	Ds 41/36, 26. Jan. 1936: JW 37, 1801 Nr. 51.
Wasungen	1 Ds 1/38, 16. März 1938: DJ 38, 790.
Weißenfels	2 Ls 9/36, 12. März 1936: JW 36, 1615.

IX. Rundverfügung des Reichsjustizministers

vom 2. 4. 1936 — 1121 — II a 18501/36 — Handhabung des Gesetzes zum Schutz des Deutschen Blutes und der Deutschen Ehre. Abgedruckt: Krug — Schäfer — Stolzenburg, Strafrechtliche Verwaltungsvorschriften, 1936. Seite 249.

X. (Preußischer) Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte.

Urteil vom 27. Juni 1936, PrL 3042, RVBl 1936, 860 ff.

Abkürzungen.

BankArch	=	Bank-Archiv.
DAutoR	=	Deutsches Autorecht, Juristisches Organ des Deutschen Automobil-Clubs e. V.
DJ	=	Deutsche Justiz. Rechtspflege und Rechtspolitik. Amtliches Organ der Deutschen Rechtspflege.
DJR	=	Der junge Rechtsgelehrte.
DJZ	=	Deutsche Juristenzeitung (bis 1936).
DGWR	=	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht. Rechtspflege und Rechtspolitik. Ergänzungsblatt zur „Deutschen Justiz" auf dem Gebiet des Gemein- und Wirtschaftsrechts.
Dt Rpfl	=	Deutsche Rechtspflege.
DRZ	=	Deutsche Richterzeitung (mit Beilage „Rspr" = Rechtsprechung).
Dt Recht	=	Deutsches Recht.
DStrR	=	Deutsches Strafrecht (seit 1934; Fortführung von GA).
E.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (amtliche Sammlung).
GA	=	Goldtammers Archiv.
GS	=	Gerichtssaal.
HRR	=	Höchstrichterliche Rechtsprechung. Ergänzungsblatt zur „Deutschen Justiz" und zur amtlichen Sammlung der Reichsgerichtsentscheidungen.
JW	=	Juristische Wochenschrift.
LZ	=	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (bis 1933).
Mon Krim	=	Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform.
Pfdt.-Neub.	=	Das Neue Deutsche Reichsrecht, herausgegeben von Pfundtner und Neubert.
Recht	=	Das Recht, Monatsbeilage zur „Deutschen Justiz".
RG	=	Reichsgericht.
RGZ	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (amtliche Sammlung).
RV	=	Weimarer Reichsverfassung.
RVBl	=	Reichsverwaltungsblatt.
Strfr. Abh.	=	Strafrechtliche Abhandlungen. Begründet von Bennecke (Breslau), herausgegeben von Schoetensack.
VDA, VDB	=	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner und Besonderer Teil. 1905 bis 1909.
ZAkDR	=	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.
ZStrW	=	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
ZWehrR	=	Zeitschrift für Wehrrecht.

A. Allgemeines.

Grundsätze der Anwendung des § 2.

I.

Der Anwendungsbereich des § 2.

Einleitung. Vor § 1.

§ 2 Satz 1 n. F. StGB bestimmt:

„Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient."

Das Gesetz hat damit dem Richter zwei Richtpunkte angegeben, aus denen er entnehmen kann, was im einzelnen Fall Rechtens ist: das geschriebene, positive Gesetz einerseits, und das im Grundgedanken eines Strafgesetzes zur Ausprägung gekommene gesunde Volksempfinden andererseits. Rechtserkenntnisquelle für den Strafrichter ist nicht mehr allein wie unter der Herrschaft des § 2 a. F. das positive Gesetz (Strafgesetz), sondern daneben gleichwertig das gesunde Volksempfinden[1]). Das Recht ist nicht mehr allein und ausschließlich im Strafgesetz enthalten, es ist als etwas hinter dem Gesetz Stehendes erkannt und anerkannt. Rechtswidrig ist im Sinne des Strafrechts nicht mehr nur eine Tat, die einem Tatbestand des geschriebenen Gesetzes unterfällt, sondern auch eine solche, die das gesunde Volksempfinden als rechtswidrig ansieht[2]).

Es wäre deshalb zu eng und ist auch im Schrifttum von Anfang an abgelehnt worden, den § 2 n. F. schlechthin der „Analogie" im hergebrachten Sinn gleichzustellen[3]). Durch § 2 ist vielmehr das Recht selbst als die Quelle des Strafrechts anerkannt, und zu seiner Erkenntnis dient nicht mehr allein das Gesetz, sondern auch und vor allem das gesunde Volksempfinden; durch § 2 verwirklicht sich im einzelnen

[1]) Mezger, ZAkDR 38, 116 ff.; DJZ 36, 601 I 1; Leitfaden S. 35 ff.; E. Schäfer, DJ 35, 991; Frank Nachtr. S. 184 ff.; L. Schäfer, DJ 35, 994; K. Schäfer, b. Dalcke § 2 Bem. 2 S. 8; H. Mayer, Lehrbuch S. 119; Niethammer, Olshausen Nachtr. § 2 Bem. 2; Becker, DJ 37, 457; Gürtner, DJ 35, 1241, 1243; Gleispach, ZAkDR 36, 267; Schwarz, GS. 110, 369, 379.

[2]) vgl. Schwarz, ZAkDR, 36, 292; StGB § 2 Bem. 4 D.

[3]) Mezger, Leitfaden S. 36, 37; ZAkDR 38, 117; Rejewski S. 42.

Falle die völkische Rechts- und Sittenordnung[4]). Zuerst in jedem Fall zu prüfen, ob gesundes Volksempfinden Strafe verlangt — auch dort, wo das positive Gesetz selbst zutrifft —, erst dann hat eine Nachprüfung des Ergebnisses am Grundgedanken eines Strafgesetzes zu erfolgen[5]). § 2 n. F. ist damit „Teilausdruck eines weiterreichenden Gedankens, der .... dem völkischen Rechtsdenken wesentlich ist"[6]).

Man hat den früheren § 2 StGB dahin verstanden, daß durch ihn die strafbegründende Analogie verboten sei[7]). Es läge also nahe, in § 2 n. F. umgekehrt die Zulassung der Analogie und diese allein zu erblicken. Für den neuen Rechtszustand ist indessen davon auszugehen, daß die „Analogie" als ein allgemeines Rechtsprinzip[8]) auch schon unter der Herrschaft des § 2 a. F. zulässig, aber insoweit eingeschränkt war, als die sogenannte strafebegründende Analogie zu Ungunsten des Täters verboten war[9]): Die Analogie hatte also auch schon früher im Strafrecht ein wenn auch enges Anwendungsgebiet. Die ihr auferlegte Schranke war schon mit der Aufhebung des § 2 a. F. beseitigt und der Gesetzgeber hätte sich, wenn er nur die Analogie im hergebrachten Sinn allgemein zulassen wollte, mit dieser Aufhebung des bisherigen Verbots begnügen können[10]). Die durch § 2 n. F. getroffene besondere Regelung bedeutet daher ersichtlich mehr als die sogenannte Analogie.

Es ist auch der logische Denkvorgang bei dem neuen Weg des § 2 ein anderer als bei bloßer Analogie[11]). Das im Wege des § 2 gefundene Recht ist nicht deshalb Recht, weil es dem Gesetze, sondern weil es dem gesunden Volksempfinden entspricht[12]). Dieses ist daher in jedem einzelnen Falle zuerst zu befragen[13]). Diese grundsätzliche Bedeutung des § 2 ist auch in der Rechtsprechung des RG wiederholt zum Ausdruck gekommen:

So sprach zunächst der 3. Senat in 3 D 31/37 (JW 37, 1352 Nr. 63) von der „Anerkennung des gesunden Volksempfindens als einer Rechtsquelle", der 5. Senat in 5 D 130/37 (E. 71, 196) meint, es sei „als weitere Rechtserkenntnisquelle der Rechtsgedanke heranzuziehen, der in einem Strafgesetz seinen Ausdruck gefunden hat. Er ist Grundlage der Bestrafung, wenn diese dem gesunden Volksempfinden erforderlich scheint". Demnach

---

4) Mezger, Leitfaden S. 25; JW 37, 628.

5) Mezger, ZAkDR 38, 117.

6) Dahm, ZStrW 57, 225; dort auch Näheres über die mittelbare Bedeutung des § 2.

7) vgl. Mezger, Lehrbuch S. 83 m. Nachw.; Rejewski S. 28 ff.

8) vgl. Brändl, Bem. 63 ff.; Enneccerus-Nipperdey § 53.

9) so wenigstens die h. M., wenn auch nicht unbestritten; Mezger, Lehrbuch S. 83; Ackermann, S. 23 ff.

10) wobei art. 116 RV nach heutiger Auffassung nicht entgegengestanden wäre.

11) Schinnerer, ZStrW 55, 768 ff., 779.

12) Mezger, ZAkDR 38, 117.

13) Freisler, DJ 36, 1568, 1573; Schwarz, ZAkDR 36, 624; StGB § 2 Bem. 2; anders Zimmerl, Auslegung S. 177; dagegen aber Boldt, ZStrW 57, 621, 622.

sieht das RG das gesunde Volksempfinden als Rechtsquelle, den Grundgedanken des Gesetzes als Rechtserkenntnisquelle an. Mezger zählt in ZAkDR 38, 117 vier Entscheidungen auf, die jeweils das gesunde Volksempfinden voranstellen. Dazu mögen noch zwei weitere erwähnt werden: Der 1. Senat geht in 1 D 1100/36 (E. 71, 341) davon aus, daß die Tat nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient, die „auch" dem Grundgedanken des Gesetzes entspreche. In grundsätzlicher Weise äußert sich 2 D 647/36 (E. 70, 360, 362): „Vielmehr ist in erster Linie zu prüfen, wie aus der Fassung des § 267 a StPO klar erhellt, ob das gesunde Volksempfinden und die Gerechtigkeit verletzt werden, wenn in dem betreffenden Fall das Gericht nicht im Wege der Rechtsschöpfung nach § 2 eingreift. Wird diese Frage verneint, dann kommt es nicht mehr darauf an, ob auf die Tat der Grundgedanke eines Strafgesetzes zutrifft".

Demgemäß spricht das RG auch fast ausnahmslos nicht von „Analogie", sondern zumeist von „entsprechender Anwendung" (14), und zwar immer von entsprechender Anwendung der Strafgesetze (des Strafgesetzes), in Übereinstimmung mit der Überschrift des Art. 1 des „Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs" vom 28. Juni 1935 und mit den §§ 170 a, 267 a StPO. In einem Urteil 5 D 616/37 (JW 37, 2905 Nr. 13) spricht demgegenüber der 5. Senat von „entsprechender Rechtsanwendung", der gleiche Senat in 5 D 313/37 (JW 37, 2373 Nr. 26) von „rechtsähnlicher" Anwendung. Mehrfach findet sich in reichsgerichtlichen Urteilen auch der Ausdruck „Rechtsschöpfung" (5 D 130/37, E. 71, 196; 2 D 647/36, E. 70, 360, 362), „richterliche Rechtsschöpfung" (4 D 598/37, E. 72, 1), oder „erweiterte Anwendung" (1 D 642/37, JW 37, 3092 Nr. 15) oder „Ausdehnung der Anwendbarkeit" (5 D 438/37, JW 37, 2698 Nr. 9). Nur der 2. Senat gebraucht bisweilen den Ausdruck „Analogie", so in 2 D 10/37 (E. 71, 193) und in 2 D 126/37 (E. 71, 109), während der 4. Senat in 4 D 288/37 (E. 71, 198) von „Bestrafung im Wege der Rechtsanalogie" spricht. Im allgemeinen entspricht der Sprachgebrauch des RG dem Sinn des § 2 n. F. (15).

§ 2 n. F. ist damit von höchster grundsätzlicher Bedeutung. Er verlangt vom Richter eine Betrachtung des Rechts nicht nach formalen, äußeren Gesichtspunkten, sondern eine rechtsinhaltliche, wertende Betrachtung[16]), die sich an den Zwecken des Rechts, an der völkischen Rechts- und Sittenordnung, kurz: am gesunden Volksempfinden ausrichtet. Dabei bringt er aber nicht eine Loslösung des Richters vom Gesetz[17]), sondern bindet ihn durch den Hinweis auf den „Grundgedanken" des Strafgesetzes an das Gesetz, aber unter Befreiung von den Fesseln des Wortlauts der einzelnen gesetzlichen Bestimmungen[18]). Damit ist der Weg vom Formalrecht zum Lebensrecht (Freisler)[19]), vom Gesetzes- zum Fallrecht (Mezger)[20]) beschritten. Ziel des § 2

---

[14]) Beispiele bei Mezger, ZAkDR 38, 117.

[15]) so auch Mezger a. a. O.

[16]) vgl. Mezger, JW 37, 2329; Leppin, JW 37, 2886.

[17]) wie ausländische Kritiker meinen, vgl. Dahm, ZAkDR 37, 737 ff.; dazu Gleispach, DtRecht 36, 23 ff.; ZAkDR 36, 267 ff.; Schönke DJ 37, 1613; DJ 36, 1466; Grimm, DJ 36, 213; Rejewski S. 65.

[18]) Freisler, DStrR 2, 1 ff.; Siegert, JW 35, 889.

[19]) vgl. auch Mezger, ZAkDR 38, 116.

[20]) Mezger, DJZ 36, 603 f.; dazu für das engl. Recht Schönke, DJ 37, 1614.

ist die Durchsetzung der „materiellen Gerechtigkeit“ in jedem einzelnen Fall[21]), es soll „durch entsprechende Anwendung des Strafgesetzes der Gerechtigkeit zum Siege verholfen werden (§§ 170 a, 267 a StPO).

Diese Bindung des Richters an den „Grundgedanken“ des Gesetzes an Hand der bisherigen Rechtsprechung zu § 2 StGB zu untersuchen, ist das Ziel der vorliegenden Arbeit[22]).

§ 1.

Voraussetzungen der Anwendung des § 2 n. F.

I. Erweist sich eine bestimmte Tat nach dem geschriebenen Gesetz als strafrechtlich nicht erfaßbar, verlangt aber das gesunde Volksempfinden ihre Bestrafung, so bleibt noch zu prüfen, ob der Grundgedanke eines Gesetzes diese Bestrafung zuläßt. Es fragt sich nun, ob in allen Fällen auf den „Grundgedanken“ zurückgegriffen werden darf, oder ob hierzu weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen.

Die bisherige Rechtsprechung des RG scheint letzteres annehmen zu wollen. In der hier grundlegenden Entscheidung des 4. Senats 4 D 129/36 (E. 70, 173)[23]) werden die allgemeine Bedeutung des § 2 n. F. und die Voraussetzungen seiner Anwendbarkeit folgendermaßen umrissen:

> § 2 bezweckt, das Gericht in die Lage zu versetzen, unbeabsichtigte Lücken des Gesetzes zu schließen und Fälle zu erfassen, auf die der Wortlaut des Gesetzes an sich nicht zutrifft, die aber der Gesetzgeber vermutlich mit hätte treffen wollen, wenn er bei der Abfassung des Gesetzes an sie gedacht hätte.“

Diesen grundsätzlichen Ausspruch sieht der 5. Senat in dem Urteil 5 D 78/37 (E. 71, 347) bereits als „ständige Rechtsprechung“ des RG an, und die gleiche Wendung kehrt denn auch mit fast immer gleichem Wortlaut in verschiedenen Entscheidungen des RG wieder, so etwa in 1 D 65/36 (E. 70, 177), 1 D 41/37 (JW 37, 1331 Nr. 30), 3 D 260/37 (E. 71, 223), 4 D 510/36 (E. 70, 367), 5 D 130/37 (E. 71, 196), 5 D 313/37 (JW 37, 2373 Nr. 26), ins Positive gewendet in 5 D 578/37 (E. 71, 324).

Der vom RG damit aufgestellte und festgehaltene Grundsatz[24]) umfaßt zwei Gedanken: nämlich (1) daß für die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit des § 2 der Wille des Gesetzgebers maßgebend sei,

---

[21]) Mezger, ZAkDR 38, 117.

[22]) Übersichten über die Rechtsprechung bei Schwarz, ZAkDR 36, 287 ff.; GS 110, 369 ff.; StGB „Anhang zu § 2“; Becker, DJ 37, 457 ff.; Kohlrausch § 2 VII; Dalcke, § 2 Bem. 2, S. 8 ff.; Mezger, ZAkDR 38, 116 ff.; Goedel, DJ 38, 587 ff.; Bepler, JW 38, 1553 ff.

[23]) hierzu vgl. Mezger, ZAkDR 38, 117 II; auch Schwarz § 2 Bem. 3 A.

[24]) Er ist auch von anderen Gerichten übernommen, so z. B. mit gleichen Worten vom KG in 2 Ss 96/37 (DStrR 5, 64).

und (2) daß auf den Grundgedanken nur dann zurückgegangen werden dürfe, wenn der Gesetzgeber die Strafbarkeit der in Rede stehenden Tat angeordnet hätte, sofern er die Möglichkeit solcher Tatgestaltung vorausgesehen hätte. Mit dem ersten dieser zwei Gedanken werden wir uns an anderer Stelle noch näher zu befassen haben[25]), der zweite faßt den Anwendungsbereich des § 2 zu eng[26]). Er beruht auf der schon oben abgelehnten Annahme, § 2 bedeute Zulassung der Analogie im bisherigen Sinn.

Der Gedanke übersieht aber auch, daß der Gesetzgeber mit der abstrakten Regel des Gesetzes geradezu notwendigerweise nicht alle in der unvorhersehbaren und unübersehbaren Vielfalt des Lebens auftretenden Fallgestaltungen erfassen kann oder will. „Lücken" im Gesetz, wenn man davon sprechen will, können sonach auf verschiedenen Gründen beruhen[27]); es kann sich handeln:

1. um sog. Anschauungslücken. Fallgestaltungen der betreffenden Art waren zur Zeit der Abfassung des Gesetzes noch nicht bekannt oder nicht vorauszusehen. Zu denken ist hier an die vielgenannten Fälle der Fortentwicklung der technischen, wirtschaftlichen, finanziellen, aber auch politischen Verhältnisse (Amtsträger der NSDAP., unten § 27).

2. um sog. Gebotslücken. Die Verfasser des Gesetzes haben von der Regelung einer konkreten Fallgestaltung bewußt abgesehen, obwohl sie solche Gestaltungen voraussahen oder kannten. Solche bewußte Selbstbeschränkung des Gesetzes kann wiederum auf verschiedenen Gründen beruhen: es ist nicht nur möglich, daß der Gesetzgeber etwa aus politischen, wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen das Gesetz bewußt auf diesen Fall nicht erstrecken wollte[28]); es kommt ebenso vor, daß der Gesetzgeber eine bestimmte Rechtsfrage für noch nicht genügend gelöst, bestimmte wirtschaftliche, politische oder sonstige Verhältnisse für noch nicht genügend geklärt ansieht, um sie schon einer abstrakten gesetzlichen Regelung zuführen zu können. In solchen Fällen kann der Gesetzgeber den Weg der Generalklausel wählen, er kann aber auch von jeder eigenen Regelung absehen und die Lösung der Wissenschaft und Praxis überlassen.

3. um die Fälle des sog. Wertungswandels. Hier hat das Gesetz bestimmte Tatgestaltungen seiner Regelung zugrunde gelegt und daran bestimmte Rechtsfolgen geknüpft. Jedes Gesetz ist aber aus zeitbedingten Anschauungen seiner Verfasser heraus geboren. Mit dem Wandel der Lebensverhältnisse kann sich auch die Auffassung über die dem Gesetz zugrunde liegende Fallgestaltung ändern, je nach dem, ob dann

---

[25]) unten § 6.
[26]) so auch Klee, ZAkDR 37, 696, 697; K. Schäfer, JW 37, 3149 Nr. 1 Anm.
[27]) dazu: Enneccerus-Nipperdey § 53; Brinkmann, DJ 35, 1587; Erler, DGWR 37, 237 ff.
[28]) unten § 8.

die abstrakte gesetzliche Regelung noch eine Ausdeutung auch auf der Grundlage der neuen Wertungen zuläßt (Auslegung) oder nicht, entscheidet sich die Frage, ob eine ausfüllungsbedürftige Lücke vorliegt[29]).

Die oben entwickelten Grundsätze des RG haben ersichtlich nur den Fall 1 im Auge, es sollte aber kein Zweifel bestehen, daß auch in den übrigen Fällen der Lückenhaftigkeit des Gesetzes analoge Rechtsanwendung nicht ausgeschlossen ist, im Strafrecht ebensowenig wie in sonst einem Rechtsgebiet. Ob dann im Einzelfall das gesunde Volksempfinden Bestrafung fordert („Bedürfnis") und der Grundgedanke des entsprechend anzuwendenden Gesetzes die Bestrafung erlaubt („Erlaubnis")[30]), ist erst eine sekundäre Frage. Im Grundsatz muß davon ausgegangen werden, daß nicht nur unbeabsichtigte Lücken mit Hilfe des § 2 n. F. geschlossen werden können, sondern alle irgendwie entstehenden Lücken der gesetzlichen Regelung. Dem Richter wird damit die hohe und verantwortungsvolle Aufgabe gestellt, aus der vorliegenden lückenhaften und unzureichenden gesetzlichen Regelung den allgemeineren Rechtsgedanken zu entwickeln, der eine gerechte Lösung auch des nichtgeregelten Falles ermöglicht. Der Richter wird damit vom Diener des Gesetzgebers zu dessen verständnisvollem, selbständigen Helfer[31]), „der die Gedanken des Gesetzes in der Anwendung auf den Einzelfall zu Ende denkt"[32]). Die Bedenken, der Richter trete damit an die Stelle des Gesetzgebers und greife in die Sphäre der politischen Führung ein[33]), sind nicht stichhaltig. Ihnen ist einmal entgegenzuhalten, daß die „Analogie" durchaus kein neues Rechtsinstitut ist, dieselben Bedenken also ebensogut auf anderen Rechtsgebieten gegen die Analogie erhoben werden müßten. Zum anderen würden diese Bedenken nur dann zutreffen, wenn der Richter Grenzen, die der Gesetzgeber dem Gesetzesbefehl selbst gesteckt hat, überschreiten würde; daß das aber auch nach der hier vertretenen Ansicht nicht zulässig ist, wird an anderer Stelle noch zu zeigen sein[34]).

II. Auch wer grundsätzlich davon ausgeht, daß eine Betrachtung des § 2 nur unter dem Gesichtspunkt des „Lückenproblems" zu eng ist, kann nicht in Abrede stellen, daß der Weg der entsprechenden Anwendung eines Strafgesetzes gemäß § 2 dann unnötig ist, wenn dieses Strafgesetz schon unmittelbar kraft geschriebenen Rechts zutrifft. Denn es bedarf eines Zurückgreifens auf den „Grundgedanken" des Strafgesetzes nicht, wenn dieses selbst schon seinem Buchstaben und im Wege der Auslegung ermittelten Sinne nach zutrifft, wenn gesundes Volks-

---

29) Insofern möchten wir allerdings auch für die Zukunft noch an der Unterscheidung zwischen (ausdehnender) Auslegung und „Analogie" festhalten; vgl. Mezger, ZAkDR 38, 118; Rejewski S. 1 ff.

30) dazu Erler, a. a. O., S. 219, 237.

31) Amtl. Begr. S. 28; über die Parallele zu art. 1 des schweizerischen ZGB vgl. Swoboda, Festschrift für Hedemann, S. 93 ff.

32) Gürtner, DJ 35, 1244.

33) Kohlrausch S. 28; dagegen Rietzsch, DJ 37, 1755.

34) unten § 8; vgl. Rejewski S. 66 ff.

empfinden und geschriebenes Recht übereinstimmen (vgl. §§ 170 a, 267 a StPO).

Wenn also im Falle des AG. Weißenfels der § 223 StGB schon unmittelbar zutraf, so bedurfte es nicht erst der Anwendung des § 2 StGB[35]; das gleiche gilt für den Fall des AG Stadtroda, in dem § 303 bereits unmittelbar anwendbar war[36]). Das OLG Hamburg hat in einem von ihm entschiedenen Fall den § 137 StGB als unmittelbar zutreffend erkannt, eines Hinweises auf § 2 bedurfte es aber nicht[37]). Das RG untersuchte in 5 D 927/36 zunächst, ob § 240 Nr. 2 KO nicht schon unmittelbar anzuwenden sei; erst nach Verneinung dieser Frage ging es zur Prüfung über, ob die Vorschrift ihrem Grundgedanken nach zutrifft[38]). In 4 D 598/37 gelangt das RG zu einer unmittelbaren Anwendung des § 304 StGB auf die Vernichtung von Bienenvölkern; ob diese Vorschrift „im Wege der richterlichen Rechtsschöpfung nach § 2 StGB anzuwenden wäre, braucht der Senat nicht zu entscheiden, da nach den obigen Ausführungen § 304 StGB auf die Tat des Angeklagten unmittelbar Anwendung findet"[39]).

So ließen sich in einer Reihe anderer zu § 2 ergangener Urteile Zweifel äußern, ob es der Heranziehung des § 2 wirklich bedurfte. Die Prüfung, ob schon unmittelbare Gesetzesanwendung zum Ziele führt, ist durch § 2 nicht überflüssig geworden; er „hat nicht die Aufgabe, dem Wissenschaftler und dem Richter wissenschaftliches Denken zu ersparen und juristische Begründungen überflüssig zu machen"[40]).

Auf diese Grundsätze berief sich auch der 1. Senat in dem Urteil 1 D 1100/36 (E. 71, 341), aber zu Unrecht. Die Angeklagte hatte Kleidungsstücke an sich gebracht, die mit Mitteln erworben waren, welche der Ehemann durch Diebstähle gewonnen hatte. Auf welche Weise die Kleidungsstücke erworben waren, hatte die Strafkammer nicht näher nachgeprüft, sondern erklärt, solche Feststellungen seien unnötig, weil in jedem Falle auf Grund des § 2 StGB nach dem § 259 StGB Strafe zu verhängen sei. Das RG meint dazu, der Sachverhalt müsse stets soweit aufgeklärt werden, daß entschieden werden könne, ob ein Strafgesetz unmittelbar anzuwenden ist. „Erst wenn aus dem festgestellten Tatbestand für die unmittelbare Anwendung des Strafgesetzes ein Hindernis hervorgeht, kann in der Regel überhaupt in Frage kommen, ob das Gesetz entsprechend anzuwenden sei." Genauere Sachprüfung ergebe möglicherweise einen Sachverhalt, der unmittelbare Anwendung des § 259 zulasse, dann sei entsprechende Anwendung ausgeschlossen[41]).

---

[35]) unten § 22 III.
[36]) unten § 22 V.
[37]) unten § 22 II.
[38]) unten § 21 I.
[39]) unten § 22 VIII.
[40]) Zimmerl, Auslegung S .178; Riedinger, DJR 1936, 231 f.
[41]) zustimmend Schäfer, JW 37, 3299 Nr. 2 Anm.; Gallas, ZAkDR 38, 28 Anm.; ablehnend Zeiler, JW 38, 150; Mezger, ZAkDR 38, 163. Richtig dagegen 1 D 25/38. (E. 72, 87).

Die Richtigkeit dieser Meinung muß bezweifelt werden: Wenn der Sachverhalt so weit geklärt ist, daß er eine Verurteilung aus §§ 2, 259 zuläßt, so ist es weder wünschenswert noch notwendig, das Verfahren hinzuziehen, wenn das Ergebnis praktisch doch wieder nur eine Verurteilung aus § 259 StGB ist.

Das Urteil des RG beruht darauf, daß es den § 2b heranzieht. Es sagt: „Nur ausnahmsweise, falls sich aus der Beweislage die Unmöglichkeit ergibt, den Sachverhalt vollkommen aufzuklären, kann es zulässig und sogar geboten sein, im Einzelfall wahlweise — in entsprechender Anwendung der Vorschriften über Schuldsprüche auf der Grundlage von Wahlfeststellungen (§ 2b StGB) — auf Grund unmittelbarer oder entsprechender Anwendung eines Strafgesetzes Strafe zu verhängen“[42]). Das ist aber nicht richtig. Wahlfeststellung setzt voraus, daß der festgestellte Sachverhalt zur eindeutigen Verurteilung weder aus dem einen noch aus dem anderen rechtlichen Gesichtspunkt ausreicht. Hier ist es aber anders: die Verurteilung aus §§ 2, 259 StGB konnte schon auf Grund des bisher festgestellten Sachverhalts erfolgen.

§ 2.

Subsidiarität.

Auch in einer anderen Frage ist die Tragweite des § 2 StGB streitig geworden: in der Frage, ob dem Weg des § 2 nur subsidiäre Bedeutung zukomme, ob er nur dann Anwendung finden könne, wenn das geschriebene Recht auf die in Rede stehende Tat überhaupt nicht anwendbar sei[43]). Die Frage konnte streitig werden im Anschluß an Satz 2 des § 2, der besagt:

> „Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.“

Hieraus könnte eine enge Auslegung schließen wollen, der Weg des § 2 verbiete sich, sobald überhaupt auf eine Tat irgend ein Strafgesetz unmittelbar anwendbar ist[44]). Soweit wir sehen, ist jedoch diese Meinung im Schrifttum bisher nirgends vertreten worden. Hier ist vielmehr von Anfang an, ausgehend von der Auffassung, daß § 2 StGB der Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit im Strafrecht diene, an der Meinung festgehalten worden, daß eine nach § 2 StGB ausfüllungsbedürftige „Lücke“ des Gesetzes schon und immer dort vorliege, wo das Gesetz in seiner unmittelbaren Anwendung nicht gestattet,

---

[42]) zustimmend auch insoweit Gallas a. a. O.

[43]) zu dem ganzen Problem eingehend: Mezger, ZAkDR 38, 116, 119 unter V, und 137, 138 Anm.

[44]) vgl. dazu schon Mezger, Leitfaden S. 37; Zimmerl, Auslegung S. 185.

eine konkrete Tat in ihrem ganzen Unrechts- und Schuldgehalt zu erfassen. Deshalb sei, hat man gesagt, die Anwendung des § 2 nicht grundsätzlich deshalb schon ausgeschlossen, weil irgend ein Strafgesetz auf die Tat zutreffe. Es dürfe nicht darauf ankommen, ob die Tat irgendwie strafbar sei, sie müsse auch angemessen strafbar sein, und dazu müsse auch in solchen Fällen § 2 StGB dienen können[45]).

I. Die Fälle können in zweierlei Form auftreten: entweder handelt es sich darum, ob (1) an Stelle eines unmittelbar anwendbaren Gesetzes ein anderes in rechtsähnlicher Anwendung treten kann — also Fälle der sog. Gesetzeskonkurrenz —, oder darum, ob (2) neben ein unmittelbar zutreffendes ein mittelbar anwendbares treten kann — also Fälle der sog. Idealkonkurrenz —. Fälle der ersten Art sind z. B. das Verhältnis des unmittelbar zutreffenden Grunddelikts (einfacher Diebstahl, § 242 StGB) zum möglicherweise entsprechend anwendbaren qualifizierten Delikts (schwerer Diebstahl des § 243 StGB). Fälle der zweiten Art liegen vor, wenn etwa ein Übertretungstatbestand unmittelbar, ein Verbrechentatbestand nach gesundem Volksempfinden erfüllt ist. Beide Fallgruppen sind in der Rechtsprechung bereits praktisch geworden.

In der Praxis ist die Auffassung nicht einheitlich. Es lassen sich[46]) drei Meinungen unterscheiden, die bei näherer Untersuchung zugleich als Meinungen bestimmter Strafsenate erscheinen.

1. Der 4. Senat steht auf dem Standpunkt: „Nur bei einer nach dem geschriebenen Recht straflosen Tat ist eine entsprechende Anwendung eines Strafgesetzes möglich, falls sein Grundgedanke auf die Tat zutrifft“.

Das ist ausgesprochen in 4 D 97/36 (DJ 36, 609), wo — im Ergebnis aus anderen Gründen zutreffend — die Bestrafung eines Vaters, der sich an seiner leiblichen Tochter unzüchtig vergangen hatte, aus §§ 2, 174 Nr. 1 StGB abgelehnt wird, da „zumindest der Tatbestand der Beleidigung nach § 185 StGB verwirklicht“ gewesen sei.

2. Der 1. Senat hat in 1 D 1075/36 die Frage offen gelassen (E. 71, 221); es handelte sich darum, ob § 164 StGB entsprechend anzuwenden sei bei falschen Eingaben an die Gauleitung der NSDAP. Dabei stand in Frage, ob die an sich bestehende Möglichkeit der Verfolgung aus § 185 StGB der entsprechenden Anwendung des § 164 StGB entgegenstehe[47]).

Die jetzt in der reichsgerichtlichen Judikatur wohl herrschende Meinung wurde angebahnt durch den 2. Senat in 2 D 647/36 (E. 70, 360), wo die

---

[45]) vgl. zu den in N. 44 Genannten etwa noch: Mezger, ZAkDR 37, 57, 312; JW 37, 628; Brinkmann, DJ 35, 1587; Becker, GS 106, 432, 442; DJ 37, 457, 459; Freisler, DJ 36, 1568, 1572; Allfeld, GS 107, 309, 312; Schwarz, ZAkDR 36, 288; StGB Anhang zu § 2 I; K. Schäfer, JW 37, 702 Nr. 18 Anm.; 1800 Nr. 50 Anm.; DJ 37, 708; JW 36, 1701 Nr. 38 Anm.; Henkel, DtRecht 37, 305; Gleispach, ZAkDR 37, 182; Kohlrausch § 2 IV 6; VII 11 b; Dalcke § 2 Bem. 2, S. 9.

[46]) mit Mezger, ZAkDR 38, 138, wobei der Text allerdings teilweise die einzelnen Entscheidungen anders eingruppiert.

[47]) es wird unten § 27 zu zeigen sein, daß ein Fall des § 2 hier nicht vorlag.

entsprechende Anwendung des § 243 Nr. 2 StGB in Rede stand. Der Senat hat erwogen, es sei in erster Linie zu prüfen, ob das gesunde Volksempfinden und die Gerechtigkeit verletzt würden, wenn im konkreten Fall das Gericht nicht im Wege der Rechtsschöpfung nach § 2 eingreife; nur dann dürfe der Richter § 2 n. F. nicht anwenden, „wenn schon die unmittelbare Anwendung eines Strafgesetzes eine angemessene, d. h. eine dem gesunden Volksempfinden und der Gerechtigkeit entsprechende Bestrafung .... ermöglicht“[48]).

Darnach ist § 2 StGB in dem Sinne subsidiär, daß er erst dann anwendbar wird, wenn das unmittelbar zutreffende Gesetz eine den Unrechts- und Schuldgehalt der Tat voll ausschöpfende Sühne nicht ermöglicht. Das ist auch der Standpunkt der im folgenden zu erwähnenden Urteile.

Der gleiche 2. Senat lehnte in 2 D 846/36 (E. 71, 200) die entsprechende Anwendung des § 22 II KFG ab, „weil auf die Tat des Angeklagten der § 330 c unmittelbar Anwendung findet und diese Bestimmung eine dem Unrechtsgehalt der Tat entsprechende Bestrafung ermöglicht“[49]).

Diese Meinung vertritt auch der 5. Senat. Er äußerte sich in 5 D 78/37 (E. 71, 347) nicht ausdrücklich zu unserer Frage, wo der Angeklagte mehreren Kindern unter 16 Jahren unzüchtige Bilder unentgeltlich überlassen hatte, sodaß neben einer Bestrafung aus § 185 StGB auch eine solche in entsprechender Anwendung des § 184 StGB in Betracht kam Daraus, daß der Senat hier zuerst untersuchte, ob die Voraussetzungen einer analogen Anwendung des § 184 StGB gegeben seien, ist zu folgern, daß er nicht der Meinung des 4. Senats folgen will.

Dieselbe Schlußfolgerung legt das Urteil 5 D 313/37 (JW 37, 2373 Nr. 26) nahe. Hier fragte es sich, ob § 179 StGB entsprechend anzuwenden sei, wenn der Täter einen anderen als den dort genannten Irrtum erregte[50]). Die Prüfung brauchte vom Standpunkt des 4. Senats aus überhaupt nicht angestellt zu werden, da ein ähnlicher Sachverhalt vom 6. Senat bereits in 6 D 117/36 (JW 36, 1446 Nr. 16) unter dem Gesichtspunkt der Beleidigung (§ 185 StGB) als strafbar anerkannt war.

Wiederum der 5. Senat prüfte sodann in 5 D 578/37 (E. 71, 324) die Strafbarkeit einer Tat aus §§ 2, 168 StGB. Eine unmittelbare Anwendung des § 360 Nr. 11 StGB wurde abgelehnt, mit Recht aber hinzugefügt: „Übrigens würde die Übertretungsstrafe auch keine Sühne ermöglichen, die dem gesunden Volksempfinden als eine gerechte Vergeltung für die Störung der Totenruhe erscheinen könnte“[51]).

In grundlegender und offenbar abschließend gedachter Weise befaßt sich endlich der 5. Senat wieder in 5 D 731/37 (E. 71, 390) mit dem Problem. Es fragte sich, ob § 174 Nr. 2 StGB entsprechend anzuwenden sei auf Taten des Angeklagten, die aus § 185 StGB schon strafbar erschienen. Zu einer Sachentscheidung sah sich das RG noch nicht in der Lage, führte aber aus, die entsprechende Anwendung des § 174 Nr. 2 StGB sei dann schon grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die dem Angeklagten nachgewiesenen Taten sich als Beleidigung darstellten. Denn § 185 StGB ermögliche mit seinem Strafrahmen bis zu 2 Jahren „eine dem gesunden Volksempfinden und der Gerechtigkeit entsprechende Bestrafung“.

---

[48]) über das Urteil unten § 14.

[49]) wegen dieser Bemerkung rechnen wir das Urteil im Gegensatz zu Mezger, ZAkDR 38, 138 zu dieser, nicht zur ersten Gruppe.

[50]) näher zu dem Urteil unten § 17 VII.

[51]) zu dem Urteil vgl. unten § 22 VI.

Dieser Meinung hat sich nun auch der 1. Senat in 1 D 946/37 (DJ 38, 518) angeschlossen, wo entsprechende Anwendung des § 223 a StGB abgelehnt wird, da schon § 223 eine angemessene Sühne ermögliche. Auch 1 D 790/37 (JW 38, 1314 Nr. 3, 1315) erinnert an den Grundsatz.

Endlich hat auch der 4. Senat seine abweichende Ansicht aufgegeben; in 4 D 2/38 (JW 38, 1517 Nr. 7) lehnt er es ab, die entsprechende Anwendbarkeit des § 351 StGB zu untersuchen, weil schon § 266 StGB unmittelbar zutreffe und zur Bestrafung ausreiche.

3. Das zuletzt erwähnte Urteil des 5. Senats setzt sich in bewußten Gegensatz zu dem des 3. Senats, 3 D 913/36 (E. 70, 355), wo es hieß: „Eine Beschränkung des § 2 n. F. auf solche Fälle, in denen der Täter sonst straflos ausgehen würde, entspricht nicht dem Sinn des Gesetzes“. Der Senat wandte daher § 222 II StGB entsprechend an, obwohl § 222 I schon unmittelbar zutraf.

Der allgemein gehaltene Satz muß wohl nicht unbedingt als im Gegensatz zu der zweiten Meinung stehend angesehen werden; zwei weitere Urteile des 3. Senats lenken denn auch in die allgemeine Bahn der reichsgerichtlichen Auffassung: In 3 D 1000/37 (E. 72, 50) läßt sich der Senat an einer entsprechenden Anwendung des § 175 a nicht durch die mögliche Anwendung des § 175 StGB hindern, weil dieser keine ausreichende Sühne ermögliche. In 3 D 911/37 (DJ 38, 154) endlich stützt sich der Senat wesentlich darauf, daß das Landgericht den § 240 StGB hätte anwenden sollen. „Auch (!) aus diesem Grund bestand keine Notwendigkeit zu entsprechender Anwendung“[52]).

II. Die Entscheidung dieser Kontroverse hängt von der Auslegung des § 2 S. 2 StGB ab. Er scheint der entsprechenden Anwendung der Strafgesetze subsidiären Charakter zuzuweisen. Denn nur, wenn auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbare Anwendung findet, soll die Tat „nach dem Gesetz bestraft“ werden, „dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft“. Diese Auslegung des § 2 S. 2 wäre aber verfehlt[53]). Wörtlich genommen besagt er nur, was S. 1 schon gesagt hatte: daß eine Tat, die durch das Gesetz nicht ausdrücklich für strafbar erklärt ist, die aber nach gesundem Volksempfinden strafwürdig erscheint, nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes zu bestrafen sei. Wenn S. 2 überhaupt einen über S. 1 hinausgehenden Sinn haben soll, so kann es nur der sein, daß unter mehreren ihrem Grundgedanken nach zutreffenden Gesetzen das „am besten“ zutreffende zur Anwendung gelangen soll. Nicht aber soll er eine Einschränkung von S. 1 darstellen. Er soll insbesondere den Strafrahmen bei entsprechender Anwendung klarstellen: liegt dem Richter eine Tat vor, die sowohl nach dem Grundgedanken eines bestimmten Strafgesetzes wie auch nach dem (damit gleichen oder verschiedenen) Grundgedanken eines anderen Strafgesetzes Strafe verdient, so soll der Richter das am besten zutreffende, nicht aber etwa beide Gesetze gewinnen, sondern hat ihn einem bestimmten,

---

[52]) im einzelnen zu dem Urteil unten § 17.
[53]) vgl. auch zum folgenden Mezger, ZAkDR 38, 138; ferner Rejewski Seite 51.

eben dem allein anzuwendenden Strafgesetz zu entnehmen. Damit ist das Verhältnis, die Konkurrenz, mehrere Strafgesetze im Bereich des § 2 nicht wie in §§ 2a, 2b dahin geregelt, daß das mildeste Gesetz, aber auch nicht, wie in § 73 StGB, das schwerste Gesetz Anwendung finden soll[54]), sondern dahin, daß das am besten zutreffende angewendet werden soll.

Das schließt aber nicht aus, daß unter Umständen die mehreren entsprechend anzuwendenden Strafgesetze zueinander im Verhältnis der Gesetzes- oder Idealkonkurrenz stehen können[55]). An anderer Stelle ist ein Urteil des SchG. Lauenburg zu behandeln[56]), in welchem § 242 und § 289 StGB zur Wahl standen; § 242 erschien als am besten zutreffend, damit war eine entsprechende Anwendung des § 289 ausgeschlossen. Es ist aber nicht undenkbar, daß im Einzelfall einmal zwei entsprechend anwendbare Gesetze ebensogut in Idealkonkurrenz treten können, wie wenn sie unmittelbar zuträfen. Es ist zuzugeben, daß S. 2 des § 2 zu einer anderen Betrachtung Anlaß geben könnte; er muß aber von S. 1 aus gelesen werden: darnach stehen die beiden Wege der Rechtsfindung, aus dem Gesetz und aus dem gesunden Volksempfinden, gleichwertig nebeneinander[57]). Das muß zur Folge haben, daß beide gleich behandelt werden, sodaß ein unmittelbar anzuwendendes Gesetz nicht nur mit einem unmittelbar zutreffenden, sondern ebenso auch mit einem zweiten entsprechend anwendbaren Gesetz in Ideal- oder Gesetzeskonkurrenz treten kann.

Damit erweist sich die dritte oben aufgeführte Meinung als richtig. Das muß zuerst gelten für die Fälle der Idealkonkurrenz. In 2 D 846/36 stand in Frage, ob § 330c StGB mit dem entsprechend anwendbaren § 22 II KFG ideell konkurrieren könne. Das Verhältnis beider Gesetze ist, wenn beide unmittelbar anwendbar sind, in der Regel das der Idealkonkurrenz[58]); es ist nicht einzusehen, warum das anders sein soll, wenn eine der beiden Vorschriften (oder beide) entsprechend anzuwenden sind. Die gegenteilige Meinung bedeutet eine Verschiebung von der Ideal- in die Gesetzeskonkurrenz, setzt sich dabei aber in Widerspruch zu den sonst für die Gesetzeskonkurrenz geltenden Regeln: der Ausschluß des einen durch ein anderes Gesetz liegt im Fall der Konsumtion[59]), von welcher die Subsidiarität nur ein Unterfall ist, dann vor, wenn durch die Strafe des einen Gesetzes sinngemäß die ganze Tat

---

[54]) Mezger, Leitfaden S. 37; Niethammer, Olshausen Nachtr. § 2 Bem. 7.

[55]) Mezger, a. a. O.; Schwarz, GS. 106, 249; § 2 Bem. 4.

[56]) unten § 14 I.

[57]) Mezger a. a. O.; Niethammer a. a. O., Bem. 2; Kohlrausch S. 29, 37, 41; Schwarz GS. 110, 369, 379; Anhang zu § 2 Bem. I 2 Cc; Dalcke § 2 Bem. 2.

[58]) Kohlrausch § 2 VII 21; RG v. 2. 8. 37, 2 D 396/37: JW 37, 2645 Nr. 7 (ein Urteil des gleichen Senats also).

[59]) Mezger, Lehrbuch § 69 II.

abgegolten ist. Gerade das muß aber in fast allen der oben aufgeführten Fällen bezweifelt werden. Es kann nicht angehen, die entsprechende Anwendung eines Verbrechenstatbestandes nur deshalb abzulehnen, weil schon ein Vergehens- oder Übertretungstatbestand unmittelbar zutrifft.

Das hat auch die oben angeführte mittlere Meinung wohl gefühlt, und diese Meinung entspricht in ihrer Formulierung durchaus dem, was das Wesen der Gesetzeskonkurrenz ausmacht: im Wege der Auslegung zu ermittelnde Wertabwägung der Gesetze. Diese Meinung prüft, ob die „unmittelbare" Gesetzesanwendung auch „angemessen" ist und legt, wenn sie die Frage bejaht, dem S. 2 des § 2 ausschließende Bedeutung bei[60]). Das wäre nicht im Ergebnis, wohl aber in der Begründung zu beanstanden: der Ausschluß entsprechender Anwendung durch die Möglichkeit unmittelbarer Anwendung eines (anderen) Gesetzes ergibt sich aus allgemeinen Regeln der Konkurrenzlehre, nicht aus § 2 S. 2.

Von diesem Standpunkt aus erscheint es dann als selbstverständlich, daß etwa im Falle 5 D 578/37 der Übertretungstatbestand des § 360 Nr. 11 keine ausreichende Sühne gewährt hätte, wie auch das RG ausführte; ebenso daß in den Fällen der entsprechenden Anwendung qualifizierter Tatbestände das Grunddelikt nicht hinderlich sein kann[61]). Es ergibt sich aber auch, daß dort, wo ein solcher Ausschluß nicht stattfindet, die Behandlung nicht anders sein kann als auch sonst bei Idealkonkurrenz: es treten die mehreren anzuwendenden Gesetze nebeneinander, die Strafe ist nach § 73 StGB zu ermitteln.

III. Die oben als herrschend gekennzeichnete Meinung kann also nur dort als richtig angesehen werden, wo wirklich ein Verhältnis der Konsumtion gegeben ist. Wie wenig das in fast allen oben erwähnten Entscheidungen der Fall ist, braucht nicht näher dargetan zu werden. Für die grundlegende Entscheidung 5 D 731/37 weist es eingehend Schwarz nach[62]). Er hebt hervor, daß die gegenteilige Meinung zu widersinnigen Folgen führt: ist die mißbrauchte Frau mit dem Tun des Angeklagten nicht einverstanden, so liegt nach dieser Meinung nur Beleidigung vor und es kann als Höchststrafe Gefängnis von 2 Jahren eintreten; ist sie aber einverstanden, so mangelt es an einem unmittelbar anwendbaren Gesetz und nun soll der Weg frei sein für die entsprechende Anwendung des § 174 oder des § 332 mit seiner Regelstrafe von 1 bis 5 Jahren Zuchthaus. Wie aber soll es gehalten werden, wenn es sich um eine Ehefrau handelt und die Tat sich als

---

[60]) vgl. Mezger, ZAkDR 38, 139.

[61]) darüber unten § 14.

[62]) GS 110, 369, 374 ff.; StGB Anhang zu § 2 Bem. I 2 C; vgl. auch Mezger, ZAkDR 38, 139. Wie unbefriedigend die Lehre des RG ist, zeigen die verklausulierten Grundsätze Goedels, DJ 38, 589, der selbst auf dem Boden dieser Lehre steht, die eine klare Systematik vermissen lassen.

Beleidigung des Mannes darstellt? Diese verschiedenartige innerlich nicht gerechtfertigte Behandlung kann nicht richtig sein!

Dazu kommt noch, daß in einer Reihe dieser Fälle das an sich unmittelbar zutreffende Gesetz ein Antragsdelikt ist. Ist also versäumt worden, rechtzeitig den Strafantrag zu stellen, so muß Einstellung des Verfahrens erfolgen. Denn, da im Sinne der Gesetzeskonkurrenz § 185 StGB den Vorzug verdient, ist mangels Strafantrags ein auf Strafe lautendes Urteil unmöglich. So ist denn auch in 4 D 97/36, in 5 D 78/37 und letztlich auch in 5 D 731/37 entschieden worden. Die abweichende Meinung des 1. Senats in 1 D 1075/37 kann insoweit nicht gebilligt werden. Sie will darauf abstellen, ob wegen des unmittelbar anwendbaren Antragsdelikts eine Verfolgung möglich wäre; wenn der Strafantrag fehlt, soll entsprechende Anwendung einer anderen Vorschrift nicht ausgeschlossen sein[63]).

Zwei der Urteile des 4. und 5. Senats betreffen das Verhältnis zwischen § 185 einerseits und Sittlichkeitsdelikten andererseits, nämlich § 174 Nr. 1 (4 D 97/36) und § 174 Nr. 2 (5 D 731/37). Das Verhältnis dieser Vorschriften ist in aller Regel das der Gesetzeskonkurrenz[64]), und zwar ein Fall der Spezialität, also eines logischen Verhältnisses: § 185 tritt hinter die spezielleren Vorschriften der Sittlichkeitsdelikte zurück. Die von beiden Urteilen vertretene Ansicht bedeutet eine Umkehrung dieses Verhältnisses: denn nun soll § 174 hinter § 185 zurückstehen. Auch das spricht wohl gegen diese Meinung[65]).

§ 3.

Sog. Gesetzesanalogie und sog. Rechtsanalogie.

Auch nach § 2 n. F. bleibt das Strafrecht gesetzesgebunden; immer ist zu prüfen, ob der Grundgedanke eines Strafgesetzes zutrifft. Dabei hat sich die Frage erhoben, ob die hiernach notwendige Ermittlung des Grundgedankens stets nur an Hand eines einzelnen besonderen Gesetzes zu erfolgen habe oder ob es nach § 2 zulässig sei, auch die Grundgedanken mehrerer Gesetze, ja des Ganzen der Rechtsordnung heranzuziehen. Die herkömmliche Formulierung dieser Frage ist die Unterscheidung in Gesetzesanalogie und Rechtsanalogie, eine Formulierung, die freilich mit Rücksicht auf die über die Zulassung der sog. Analogie hinausgreifende Bedeutung des § 2 n. F. zu eng ist[66]).

Gerade im Hinblick auf diese allgemeine Bedeutung des § 2 kann es nicht zweifelhaft sein, daß sowohl die sog. Gesetzes- wie die sog.

---

[63]) dem 1. Senat folgt Goedel, DJ 38, 590 (Leitsatz c).
[64]) vgl. statt aller: RG JW 38, 168 Nr. 11, 12 m. Nachw.
[65]) vgl. Schwarz, Anhang zu § 2 Bem. I 2 Cc.
[66]) vgl. Mezger, ZAkDR 38, 118.

Rechtsanalogie zulässig ist[67]). Denn es ist nicht einzusehen, warum das anders sein sollte[68]).

Der Unterschied zwischen den beiden Arten der sog. Analogie wird herkömmlicherweise darin gesehen, daß die Gesetzesanalogie von einem einzelnen Rechtssatz ausgehe und dessen Grundgedanken unter Ausscheidung aller unwesentlichen Voraussetzungen reiner entwickle, während die Rechtsanalogie sich nicht auf einen einzigen Rechtssatz beschränke[69]). Dabei sieht die eine Richtung die Rechtsanalogie in der Anwendung eines aus mehreren einzelnen Rechtssätzen entwickelten Rechtsgrundsatzes[70]), während nach der anderen Ansicht die Rechtsanalogie ausgeht von der Auffassung der Rechtsordnung als eines Ganzen, aus deren Geist die Entscheidung abzuleiten sei[71]). Auch diese letztere Auffassung muß aber Rücksicht nehmen auf die sog. Praktikabilität, sie läßt die praktische Verwertbarkeit der „elementaren Grundlagen des gesamten Rechtsstoffes" davon abhängig sein, „ob sie noch den erforderlichen Grad von Bestimmtheit besitzen, um aus ihnen ohne Willkür einen für die Entscheidung des Einzelfalles tauglichen Rechtssatz zu gewinnen"[72]).

Für § 2 n. F. könnte man nach dem Wortlaut allerdings annehmen, daß die sog. Rechtsanalogie in jeder Form unzulässig sei; denn die Vorschrift spricht nur davon, daß der Grundgedanke „eines" Strafgesetzes anzuwenden sei[73]). Diese Meinung übersieht aber, daß Rechtsanalogie und Gesetzesanalogie nicht dem Grundsatze, sondern nur dem Grad nach verschieden sind[74]). Wenn § 2 die Ableitung eines allgemeineren Grundgedankens aus einem Strafgesetz und dessen Anwendung auf den Einzelfall zuläßt, dann wäre es unverständlich, warum nicht auch die Ableitung eines allgemeineren Grundgedankens aus mehreren Strafgesetzen, der diesen einheitlich und gleichmäßig zugrunde liegt, zulässig sein sollte. Wird der anzuwendende Grundgedanke aus mehreren Strafgesetzen (oder Gesetzen überhaupt) hergeleitet, so ist zu bedenken, daß jedes dieser einzelnen Gesetze gerade das allgemeinere Rechtsprinzip ja schon in sich enthält; es ist daher im Begriff der Rechtsanalogie die Gesetzesanalogie und umgekehrt mit enthalten[75]). Der Unterschied zwischen Rechts- und Gesetzesanalogie

---

[67]) zustimmend: Freisler, DStrR 2, 1 ff.; Mezger, Leitfaden S. 37; DJZ 36, 601; K. Schäfer, JW 35, 2323; Dalcke § 2 Bem. 2a; L. Schäfer, DJ 35, 994; Kohlrausch § 2 IV 4; Brinkmann, DJ 35, 1587; Becker, DJ 37, 457; Schem, StrfrAbh 369 S. 189; ablehnend: Schinnerer, ZStrW 55, 778; Allfeld, GS 107, 309; Sternagel-Haase S. 75; zweifelnd: E. Schäfer, Frank Nachtr. § 2 III 3.

[68]) Mezger, ZAkDR 38, 118.

[69]) vgl. Schem S. 1 ff.

[70]) Enneccerus-Nipperdey, § 53, S. 153.

[71]) Brändl, Bem. 63 m. Nachw.

[72]) Brändl, Bem. 65 in und bei N. 16, m. Nachw.

[73]) dieses Argument aus dem Wortlaut machen sich vor allem die in N. 67 genannten ablehnenden Stimmen zu eigen.

[74]) Freisler, Kohlrausch, je am a. O.

[75]) Dreier, S. 10.

bezieht sich nur auf die Quantität des Ausgangspunktes; gerade die Breite des Ausgangspunktes aber kann, sofern sie nicht zu groß und inkohärent ist, die Sicherheit des Resultats verbürgen[76]). Wenn Rechtsanalogie — und darüber dürfte Einigkeit herrschen — darin besteht, daß ein mehreren einzelnen Rechtssätzen zugrundeliegender gemeinschaftlicher Grundgedanke verallgemeinert wird, dann ist die weniger sichere Form der Analogie die Gesetzesanalogie. Ist aber schon diese, wie angesichts des klaren Wortlauts des § 2 n. F. nicht geleugnet werden kann, zulässig, dann ist es um so mehr die Rechtsanalogie. Dieses Ergebnis muß dem § 2 n. F. mithin durch eine sinngemäße Auslegung entnommen werden.

Die Praxis hat sich bisher in gerichtlichen Entscheidungen noch nicht mit der Frage der Zulässigkeit der Rechtsanalogie befaßt[77]). Bemerkenswert ist aber, daß der RJM auf dem hier vertretenen Standpunkt steht. In der in einem anderen Zusammenhang zu erwähnenden Rundverfügung des RJM vom 2. 4. 1936 — 1121 — II a 18501/36 — „Handhabung des Gesetzes zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre“ wird die Strafbarkeit der sog. Umgehungstaten[78]) bejaht und der hiefür maßgebende Grundgedanke in den §§ 1, 5 des BlutSchG und in den §§ 1, 3, 4 des EhegesundheitsG gefunden. Die Rundverfügung leitet also aus zwei in verschiedenen Spezialgesetzen enthaltenen Vorschriften den allgemeineren Rechtsgedanken ab, daß Taten, die zur Umgehung eines dieser Gesetze bewußt im Ausland begangen werden, strafbar seien, und wendet diesen Grundgedanken auf ähnlich liegende Fälle von Verstößen gegen andere deutsche Gesetze an[79]). Daß diese Meinung des RJM für den Richter nicht bindend ist, kann nicht zweifelhaft sein; gleichwohl sollte man aber wünschen, daß die Entscheidungen nicht daran vorbeigehen möchten.

Ein „Umgehungsfall“ war es auch, der dem „Großen Senat für Strafsachen“ des RG Gelegenheit gab, das hier behandelte Problem zu berühren. Der Beschluß GSSt 1/37 sagt in III (E. 72, 91) zutreffend:

> „Der Aufgabe, die das Dritte Reich der Rechtsprechung stellt, kann diese aber nur gerecht werden, wenn sie bei der Auslegung der Gesetze nicht an dem Wortlaut haftet, sondern in ihr innerstes Wesen eindringt und zu ihrem Teil dazu mitzuhelfen versucht, daß die Ziele des Gesetzgebers verwirklicht werden. Dazu gehört auch, daß die Auslegung nicht auf die einzelnen Vorschriften eines Gesetzes beschränkt, son-

---

[76]) Binding, Handbuch, S. 215 ff., 217.

[77]) Der Sprachgebrauch des 4. Senats, 4 D 288/37: E. 71, 198 ist nicht der technische des Wortes „Rechtsanalogie“.

[78]) dazu unten § 12.

[79]) Die Rundverfügung bietet damit übrigens ein Beispiel dafür, daß auch die ausdehnende Anwendung von singulären Rechtsvorschriften nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist. Darüber siehe auch unten § 5.

dern daß das Gesetz als ein Ganzes erfaßt wird. Ergibt sich hierbei, daß der Gesetzgeber bestimmte Fragen nicht ausdrücklich geordnet hat, so ist es Recht und Pflicht der Rechtsprechung, aus der Gesamtheit der gesetzlichen Bestimmungen zu entnehmen, welche Lösung dem Willen des Gesetzgebers und dem gesunden Volksempfinden entspricht."

Der Große Senat hat, wie an anderer Stelle zu zeigen sein wird[80]), aus dieser begrüßenswerten grundsätzlichen Stellungnahme zwar nicht den Schluß gezogen, daß § 2 auch die sog. Rechtsanalogie erlaube, sondern die dort zu entscheidende Frage schon im Wege der Auslegung lösen zu können geglaubt, der Wert der zitierten Sätze für unsere Frage bleibt deshalb aber erhalten.

Es darf bei dieser grundsätzlichen Stellungnahme freilich nicht übersehen werden, daß gerade in Fällen, wo ein und derselbe Grundgedanke mehreren einzelnen Gesetzen zugrunde liegt, auch der Umkehrschluß geboten sein kann[81]); es kann gerade aus der Tatsache, daß eine bestimmte Frage in mehreren einzelnen Gesetzen ausdrücklich geregelt ist, darauf geschlossen werden, daß sie in anderen Fällen anders entschieden werden muß. Hier, wie so oft, entscheidet wertende Betrachtung des Richters, der anhand der einzelnen Gesetze zu prüfen hat, ob der eine oder andere Schluß geboten ist. Abstrakte Regeln lassen sich darüber nicht aufstellen.

Bei der grundsätzlichen Zulässigkeit der Rechtsanalogie ist aber zu beachten, daß sich aus dem in § 2 StGB aufgestellten Erfordernis der Strafbarkeit nach dem „Grundgedanken" eines Strafgesetzes eine Einschränkung dahin ergibt, daß die Verallgemeinerung nicht bis zu den höheren und höchsten Zwecken des Strafrechts und des Rechts überhaupt gehen darf[82]). Da diese Einschränkung mit dem Begriff des „Grundgedankens" zusammenhängt, wird sie auch hier in anderem Zusammenhang behandelt[83]).

§ 4.

Anwendung von dem Täter günstigen Grundgedanken.

(Analogie zugunsten des Täters.)

Schon vor der Einführung der entsprechenden Anwendung von Strafgesetzen zu Ungunsten des Täters war nach übereinstimmender Meinung Analogie zugunsten des Täters immer zulässig[84]).

---

80) unten § 12.

81) dazu Kohlrausch, 32. Aufl. § 2 IV 4, 33. Aufl. § 2 IV 5 S. 27; H. Mayer, Lehrbuch, S. 118 ff., 120 III 3.

82) vgl. Kohlrausch § 2 IV 4 S. 26.

83) unten § 7.

84) vgl. Mezger, Lehrbuch, § 11 II 2 S. 85; Lobe, Leipz. Komm. § 2 a. F. I 7.

An diesem Rechtszustand hat die Einführung des § 2 StG n. F. nichts geändert. Eine enge Wortauslegung könnte zwar das Gegenteil behaupten wollen; denn § 2 n. F. spricht nur davon, daß „bestraft wird, wer eine Tat begeht, ... die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient". Es scheint also, als ob nur die analoge Anwendung eines Strafgesetzes zur Bestrafung, nicht aber zu einer milderen oder zu gar keiner Bestrafung führen dürfte.

Wieder ist aber davon auszugehen, daß § 2 n. F. die Zulässigkeit der Analogie im Bereiche des Strafrechts nicht erst begründen mußte und begründet, sondern nur die Voraussetzungen und den Inhalt der Analogie zu Ungunsten des Täters näher umschrieben hat[85]). Daraus ergibt sich, daß hinsichtlich der Analogie zugunsten des Täters keine Änderung im bisherigen Rechtszustand eintreten sollte und eingetreten ist. Der Rückgriff auf den Grundgedanken des Gesetzes kann daher auch dazu dienen, den Täter milder zu behandeln, als es das geschriebene Recht zuläßt; die „Analogie" ist unbeschränkt anwendbar, „soweit sie dem Täter zugute kommt, indem sie die Strafbarkeit ausschließt, aufhebt oder mindert"[86]).

Die Rechtsprechung hat unter dem neuen Rechtszustand zu unserer Frage noch nicht ausdrücklich Stellung genommen, aber in mehreren Entscheidungen den obigen Grundsatz zugrunde gelegt.

1. In der Entscheidung 1 D 352/35 hatte der 1. Strafsenat zu prüfen, ob die Strafermäßigung des § 158 StGB auch dem Anstifter zu einem Eidesverbrechen oder -vergehen zugute kommt, der unter den dort genannten Voraussetzungen bei der zuständigen Stelle die Folgen der Anstiftung zu beseitigen sucht. Die Entscheidung verneint die Frage aus zwei Gründen[87]):

Einmal seien nur die in § 158 StGB im einzelnen genannten Täterpersonen in der Lage, durch einen rechtzeitigen Widerruf den Schaden abzuwenden, der für andere aus der falschen Aussage entstehen könnte. Derjenige, der einen anderen zur Abgabe einer bewußt falschen Aussage angestiftet habe, könne aber (sc. durch die Mittel des § 158 StGB) nicht mehr rückgängig machen, daß der Angestiftete sich in die Schuld der Haupttat verstrickt habe. — Man wird dieser Erwägung zustimmen müssen: der Grund der Strafbarkeit des Anstifters liegt darin, daß er einen anderen zur Begehung einer Straftat bringt[88]); die Strafbarkeit der Anstiftung wird ausgelöst mit der Begehung der Straftat durch den anderen. Der Grund für die Strafmilderung in § 158 StGB liegt darin, daß die Auswirkungen der

---

[85]) vgl. oben vor § 1.
[86]) so Schwarz, ZAkDR 36, 287; ebenso GS 106, 246, 252; § 2 Bem. 5; Becker, DJ 37, 457; Kohlrausch § 2 IV 7 S. 29.
[87]) zustimmend: Kohlrausch § 2 VII 6 b; Dalcke, § 2 Bem. 2 a, S. 10.
[88]) s. auch unten § 11.

falschen Aussage beseitigt werden. Es würde nun aber dem Grundgedanken des § 48 StGB widersprechen, wenn den Täter des Eidesdelikts, dem die Wohltat des § 158 StGB im Einzelfall nicht zugute kommt, die volle Schwere der Strafe träfe, den Anstifter aber nicht, weil er unter den Voraussetzungen des § 158 StGB widerrufen hat. Der Anstifter soll aber grundsätzlich gleich dem Täter bestraft werden, weil er diesen erst zur Begehung der Straftat gebracht hat.

Das erwähnte Urteil verweist weiterhin darauf, daß das erfolglose Unternehmen der Verleitung zum Meineid nach § 159 StGB mit der Mindeststrafe von 1 Jahr Zuchthaus bedroht sei, nach dem Willen des Gesetzes also unbedingt mit Zuchthaus bestraft werden solle, wer einen anderen zum Meineid zu verführen versucht. Es wäre daher nicht folgerichtig, wenn man den, dessen Versuch Erfolg hatte, milder bestrafen könnte. Der Täter der Meineidsverleitung könnte sich noch dazu nicht einmal die Strafmilderung des § 158 StGB verschaffen, da er nichts widerrufen kann; auch tätige Reue nach § 46 StGB würde ihm nicht möglich sein[89]).

Aus ähnlichen Gründen können auch die Strafmilderungsgründe des § 157 StGB dem Anstifter zum Meineid nicht zugute kommen. Die besondere Zwangslage des Zeugen oder Sachverständigen, welcher der Vorschrift Rechnung tragen will, besteht für die Prozeßpartei nicht, „die durch Anstiftung der Zeugen der Gegenseite zum Meineid die Verwirklichung der wahren Rechtslage unmöglich zu machen sucht". So mit Recht RG 3 D 101/38 (JW 38, 1313 Nr. 2), ebenso 5 D 221/38 (JW 38, 1803 Nr. 2).

Die Anwendung des § 27 b StGB (Ersatzgeldstrafe) in Verbrechensfällen ist auch dann unmöglich, wenn wegen der Annahme mildernder Umstände an sich eine Gefängnisstrafe von weniger als 3 Monaten angemessen ist[90]).

2. Hatte das RG im vorhergehenden Fall entsprechende Anwendung des § 158 StGB abgelehnt, so ist in einer bereits mehrfach entschiedenen Frage Analogie zugunsten des Täters angewandt worden.

In 3 D 62/36 handelte es sich darum, ob Untreue nach § 266 StGB, wenn sie unter Ehegatten begangen wird, nur auf Antrag zu verfolgen sei. § 266 StGB stellt weder in seiner früheren noch in seiner (durch Ges. vom 26. Mai 1933) neuen Fassung das Antragserfordernis auf. Die angeführte Entscheidung sagt, nach der früheren Fassung seien vermögensrechtliche Verfehlungen unter Ehegatten nur unter besonderen Umständen als Untreue strafbar, die Fälle daher selten gewesen. Es habe daher kein Bedürfnis für das Strafantragserfordernis bestanden. Nach der neuen Fassung werde die Frage öfter auftauchen, es sei daher zu prüfen, „ob jede rechtlich mögliche Untreue unter Ehe-

[89]) 1 D 104/34; a. M. Frank § 159 IV.
[90]) vgl. unten § 5.

gatten auch gegen den Willen des geschädigten Ehegatten strafrechtlich verfolgt werden soll".

Zutreffend verweist das RG hier auf die Bestimmungen in § 263 V StGB, wo der Gesetzgeber bei gleicher Interessenlage Vorsorge getroffen hat, daß ein Ehegatte nicht gegen den Willen des geschädigten anderen Ehegattens wegen Betrugs verfolgt werden kann. Nach § 247 II StGB ist Diebstahl unter Ehegatten sogar überhaupt nicht strafbar. Aus der nicht seltenen Ähnlichkeit zwischen Betrug und Untreue, die sich auch rechtlich häufig berühren, folgert die Entscheidung, daß auch vermögensrechtliche Untreue zwischen Ehegatten nur auf Antrag zu verfolgen sei.

Der gleiche 3. Senat hat dann im Urteil 3 D 396/37 wieder ausgesprochen, „daß Verfehlungen der Ehegatten gegeneinander wie unter dem Gesichtspunkt des Betrugs, so auch unter dem der Untreue nur auf Antrag des verletzten Ehegatten verfolgt werden" können.

Der 2. Senat hat diesen Rechtsgrundsatz im Urteil 2 D 438/37 auf einen Fall der Untreue zwischen Eltern und Kindern ausgedehnt. Für das Verhältnis zwischen Geschwistern geht vom gleichen Standpunkt der 5. Senat aus in 5 D 578/37 (E. 71, 324)[91]), für Untreue zwischen Verschwägerten auf- und absteigender Linie der 1. Senat in 1 D 704/37 (DJ 38, 378).

In all diesen Fällen ist Untreue nach § 266 StGB nur auf Antrag des Verletzten entsprechend § 263 V StGB zu verfolgen.

Im Schrifttum haben diese Entscheidungen keinen Widerspruch erfahren[92]). Es wird den Darlegungen des RG wohl auch entsprechen, wenn man den Antrag gemäß § 263 V 2 StGB für rücknehmbar hält. Schwarz weist außerdem darauf hin, daß auch in § 265 a StGB das Vergehen zwischen Ehegatten und den sonstigen in § 263 V genannten Personen aus gleichen Erwägungen nur auf Antrag verfolgt werden dürfe[93]).

§ 5.

Strafen, Nebenstrafen und -folgen.

Der Volksgerichtshof hat in dem Urteil 14 J 104/36; 2 H 8/36 einem wegen eines „minder schweren Falles" des Hochverrats nach § 84 StGB Verurteilten die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt, obwohl § 84 (i. d. F. d. Ges. v. 24. 4. 34) diese Ehrenstrafe neben der Gefängnisstrafe nicht ausdrücklich zuläßt, die Gefängnisstrafe aber auch

---

[91]) die Abdruckstellen bringen diesen Teil des Urteils nur kurz; der nähere Sachverhalt ist mitgeteilt bei Schwarz, GS 110, 369, 370/72.

[92]) zustimmend zu allen Entscheidungen mit rechtsvergleichenden Hinweisen: Schwinge, JW 38, 793 Nr. 14 Anm.

[93]) ZAkDR 36, 119, 291; § 265 a Bem. 4; näher vgl. Schienle, Strfr Abh. 384 S. 68 ff.

nicht „wegen Annahme mildernder Umstände“ an Stelle von Zuchthausstrafe ausgesprochen wurde (§ 32 StGB). Demnach schien die Aberkennung der Ehrenrechte bei dem zu Gefängnis verurteilten Hochverräter nicht zulässig. Der VGH stützt sich auf folgende Erwägungen:

Die Strafvorschriften gegen Hoch- und Landesverrat wurden in dem Gesetz vom 24. April 1934 völlig neu gefaßt. Dabei wurde der sonst im StGB übliche Begriff der „mildernden Umstände“ ersetzt durch den Begriff der „minder schweren Fälle“. Während jener meist von der subjektiven Seite, vom Verschulden des Täters her bestimmt wird, ist dieser rein objektiv zu bestimmen. Der Gesetzgeber wollte in § 84 n. F. lediglich auf die objektive Schwere der Tat abstellen und es damit vermeiden, daß von der Strafmilderungsmöglichkeit ein zu häufiger Gebrauch gemacht würde. Er hat deshalb die Grenzen der Strafmilderung enger gezogen, indem er nur objektiv leichtere Fälle aus der absoluten Todes- oder Zuchthausdrohung herausnahm. Diese Auffassung führt zur Erwägung, daß solche minder schweren Fälle nicht leichter bestraft werden dürfen als eine unter mildernden Umständen begangene Tat. „Der Senat steht jetzt auf dem Standpunkt, daß der Gesetzgeber durch die Einführung des Begriffs ‚minder schwerer Fall‘ keineswegs eine Privilegierung in der Richtung gewollt hat, daß in solchen Fällen auf Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nicht erkannt werden dürfe .... Der Senat hat daher den § 32 analog angewendet.“

Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen. Nach nationalsozialistischer Staats- und Rechtsauffassung ist jedes Verratsdelikt eine ehrlose Handlung, die ihren Täter außerhalb der Volksgemeinschaft stellt[94]). Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte entspricht daher sicher dem Willen des nationalsozialistischen Gesetzgebers

Durch die Gleichstellung des „minder schweren Falles“ mit den „mildernden Umständen“ setzt sich das Urteil freilich in Widerspruch zu E. 59, 237 v. 19. Mai 1925, I 207/25, wo diese Gleichstellung für das Gebiet des MStGB abgelehnt wird. Das RG hatte dort erklärt, die minder schweren Fälle des MStGB und des RStGB unterschieden sich von den mildernden Umständen des § 32 RStGB und dürften im Sinne dieser Vorschrift nicht gleich behandelt werden. „Nach der Entstehungsgeschichte des RStGB sollten in den minder schweren Fällen solche von sachlich (objektiv) geringerer Bedeutung getroffen werden, dagegen sollte bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Annahme mildernder Umstände eine Würdigung der Straftat in allen ihren Beziehungen, also auch nach der inneren, subjektiven Seite hin, in Betracht kommen.“ Die maßgebenden Argumente des RG waren, daß in den §§ 90, 94, 96 RStGB die Begriffe „minder schwerer Fall“ und „mildernde Umstände“ nebeneinander stünden; daß außerdem

[94]) so auch v. Schroeter, DJ 36, 1164 Anm.; zustimmend auch Dalcke, § 84 Bem. 11.

§ 134 II MStGB überflüssig wäre, wenn in den minder schweren Fällen des Abs. 1 S. 2 dieser Vorschrift die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte schon gemäß § 32 StGB zulässig wäre. Während letzteres Argument für den Bereich des MStGB heute noch von Bedeutung ist, da § 134 MStGB sich nicht geändert hat, ist das erste Argument heute gegenstandslos geworden: § 90 n. F. kennt keine Milderungsgründe mehr (vgl. § 93 n. F.), § 94 n. F. gebraucht in Abs. 3 jetzt den Ausdruck „mildernde Umstände", § 96 StGB endlich ist zwar nicht ausdrücklich außer Kraft gesetzt, aber durch den Novemberumsturz von 1918 inhaltslos geworden. Für den Bereich des RStGB dürfte das erwähnte Urteil des RG demnach keine Geltung mehr beanspruchen, sodaß das neuere Urteil des VGH einen Widerspruch zu dem des RG nicht enthält.

Die vom VGH gegebene Begründung läßt die Frage aufkommen, ob § 2 n. F. dazu dienen kann, Strafen, die das auf eine Tat anzuwendende Gesetz nicht vorsieht, in entsprechender Anwendung eines anderen seinem Grundgedanken nach zutreffenden Gesetzes auszusprechen, seien es Nebenstrafen (und sonstige Nebenfolgen), seien es aber auch schwerere als die vorgesehenen Hauptstrafen. Diese Frage ist bisher in Rechtsprechung und Schrifttum einhellig verneint worden.

Das RG erklärte es in 2 D 282/36 für unzulässig im Falle der Rassenschande nach §§ 2, 5 II Bl. Sch. G. neben Gefängnisstrafe auf Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte zu erkennen. Die Voraussetzungen des § 32 StGB liegen in diesen Fällen nicht vor: zwar wird die erkannte Gefängnisstrafe immer drei Monate übersteigen, aber der § 5 II Bl. Sch. G. läßt die Aberkennung der Ehrenrechte neben Gefängnisstrafe nicht ausdrücklich zu; andererseits ist dort die Gefängnisstrafe ohne Annahme mildernder Umstände vorgesehen. Das RG verweist auf den Wortlaut des § 2 n. F., der nur die Bestrafung einer nach dem geschriebenen Recht straflosen T a t erlaube, nicht aber „auf eine strafbare Tat im Wege der Analogie eine besondere Strafe oder Ehrenstrafe zu verhängen"[95]).

Über diese dem Wortlaut entnommene Begründung hinaus wäre zu sagen: die Bestrafung einer Tat darf in allen Fällen nur e i n e m bestimmten Strafgesetz entnommen werden, der Richter darf nicht von sich aus den Strafrahmen für eine Tat frei bestimmen, sondern ist an den Strafrahmen desjenigen Strafgesetzes gebunden, das er seinem Grundgedanken nach anwendet[96]). Der Gesetzgeber hat mit der Einführung des § 2 und der dem Richter damit gewährten freieren Stellung nicht das Recht aus der Hand gegeben, die für einen Deliktstypus zulässigen Strafen allein zu bestimmen. Die Bewertung der

[95]) Der 5. Senat hat sich dem im Text erwähnten Urteil ohne nähere Begründung angeschlossen; 5 D 616/37. Vgl. auch Mezger, ZAkDR 38, 118 III; Goedel, DJ 38, 595 (VII 1).

[96]) vgl. Schwarz, ZAkDR 36, 287, 291; oben § 2 II.

Deliktstypen ist nicht Aufgabe des Richters[97]). Auf Grund des § 2 können also niemals Strafen verhängt werden, die das unmittelbar oder mittelbar zur Anwendung kommende Gesetz nicht vorsieht[98]).

In diesen Zusammenhang gehört auch die Entscheidung 2 D 5/37, wonach bei einer Verurteilung wegen Beihilfe zum Meineid nicht auf dauernde Eidesunfähigkeit erkannt werden kann, da diese Nebenfolge in dem nach § 49 II StGB maßgebenden § 45 StGB nicht vorgesehen ist. Entsprechend hat es das RG auch abgelehnt, auf dauernde Eidesunfähigkeit gegen einen Angeklagten zu erkennen, der nicht wegen Meineids (§ 161 StGB), sondern nur wegen Meineidsverleitung (§ 159 StGB) verurteilt wurde; 5 D 326/35; 2 D 465/37. Die Entscheidung folgt unmittelbar aus dem Gesetz: die Vorschrift des § 161 II StGB wäre ebenso überflüssig wie sinnwidrig, wenn § 161 I bereits auf die Fälle des § 159 Anwendung finden könnte[99]).

Zwischen diesen Grundsätzen des RG und der eingangs erwähnten Entscheidung des VGH besteht u. E. kein Widerspruch. Der VGH hat sich zur Begründung seiner Entscheidung auf § 2 berufen; es scheint uns, als sei das unnötig gewesen. Denn mit der vom VGH gegebenen Begründung läßt sich eine Gleichstellung der Begriffe „mildernde Umstände“ und „minder schwerer Fall“ schon im Wege der Auslegung rechtfertigen. Die objektiven Gesichtspunkte, die ein Hochverratsverbrechen als einen minder schweren Fall erscheinen lassen, würden wohl immer die Annahme mildernder Umstände rechtfertigen. Der „minder schwere Fall“ ist ein Spezialfall des unter mildernden Umständen begangenen Delikts, jenes also in diesem enthalten. Es handelt sich nicht um eine Ausdehnung der Zulässigkeit der Ehrenfolge auf alle Fälle, wo das Gesetz wahlweise Zuchthaus und Gefängnisstrafe zuläßt[100]), sondern nur auf den Fall des § 84 StGB.

Kohlrausch[101]) findet das Ergebnis in sich widerspruchsvoll. Er meint, eine Tat erfordere entweder die entehrende Zuchthausstrafe, oder sie erlaube eine Gefängnisstrafe — dann sei die Ehrenfolge überflüssig. § 32 StGB sei eine Ausnahmevorschrift, die der Ausdehnung nicht fähig sei. Nach unserer Meinung ist in dem Urteil des VGH eine Ausdehnung des § 32 nicht zu finden; abgesehen davon begegnet der Satz, Ausnahmevorschriften seien ausdehnender Anwendung nicht zugänglich, Bedenken[102]). Das weitere Argument Kohl-

---

97) Zimmerl, Auslegung S. 187.

98) so auch Schwarz GS 106, 246, 149; § 2 Bem. 2 C; Becker, DJ 37, 458; Kohlrausch § 2 VII 1; vgl. schon Mezger, Lehrbuch, S. 84 vor 2; ZAkDR 38, 118 III; Dalcke, § 2 Bem. 2 S. 9.

99) E. 2, 95, v. 10. Juni 1880, I 1460/80; vgl. Adami, JW 35, 2370 Anm.; anders Becker, GS 106, 432, 443; Sternagel-Haase S. 101.

100) Leppin, JW 37, 3076, 3080.

101) § 2 VII, S. 32. Gegen das Urteil des VGH auch Mezger, ZAkDR 38, 118 III; Schwarz, § 2 Bem. 3 C.

102) vgl. Brändl, Bem. 65 in und bei N. 15 m. Nachw.

rausch's ist de lege ferenda, nicht aber de lege lata begründet: denn das geltende StGB kennt nun einmal in § 32 die Ehrenstrafe neben Gefängnis.

Mit der schon oben verneinten Frage, ob § 2 StGB zu einer Erhöhung der im Gesetz vorgesehenen Hauptstrafe führen kann, befaßt sich das Urteil des KG 1 Ss 363/37. Der Amtsrichter hatte den Angeklagten unter Berufung auf § 27 c III StGB wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften des preuß. Fischereirechts in eine das gesetzliche Maß überschreitende Geldstrafe genommen. Das war verfehlt, da der Angeklagte nicht einen „Gewinn" im Sinne jener Vorschrift aus seiner Tat erzielt hatte. Damit verbot sich aber auch entsprechende Anwendung des § 27 c, da „aus staatspolitischen oder kriminalpolitischen Gründen dem Gesetz von vornherein nur ein begrenztes Anwendungsgebiet" gegeben ist. Dem Urteil ist im Ergebnis zu folgen; die Begründung stützt sich auch. unter Berufung auf RG 2 D 282/36 (E. 70, 218), auf die Erwägung, daß „auf die Strafen als solche und auch auf die allgemein für ihre Höhe maßgebenden Gesetzesvorschriften, die ja insoweit ein Strafgesetz im engeren Sinne nicht sind", der § 2 StGB nicht anwendbar sei. Diese Formulierung ist unglücklich, da sie den abzulehnenden Gedanken ausdrückt, § 2 treffe nur auf Strafgesetze im engeren Sinne, also auf Vorschriften des sog. besonderen Teils, zu[103]).

In entsprechender Weise kann § 2 auch nicht dazu dienen, ein unmittelbar anzuwendendes Strafgesetz im Strafrahmen zu mildern. Ein Landgericht hatte aus § 181 StGB, also wegen eines Verbrechens, verurteilt, gleichwohl aber den nur auf Vergehen zutreffenden § 27 b StGB benützt, um eine Geldstrafe zu verhängen. Das erklärt RG 5 D 99/38 (DJ 38, 831) mit Recht für unzulässig (wenn auch der Begründung nicht in allen Einzelheiten zu folgen ist).

---

[103]) näher unten § 11.

II.

Grenzen der Anwendbarkeit.

§ 6.

Die Ermittlung des Grundgedankens der Strafgesetze.

I. „Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung der Strafgesetze" — so lautet die Überschrift des Artikel 1 des „Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs" vom 28. Juni 1935, durch welches § 2 StGB seine Neufassung erhielt. Damit ist programmatisch der Sinn des § 2 n. F. ausgedrückt: Dem Richter soll die Möglichkeit gegeben werden, Recht zu schöpfen unter Beachtung des Gesetzes. Das Recht fließt aus der Volksüberzeugung, es „entspringt der völkischen Sittenordnung"[104]. Aus ihr entnimmt der Gesetzgeber, was Rechtens sein soll und was er in der Form des Gesetzes als Recht „setzt". Als Werk eines empirisch verstandenen Gesetzgebers ist das Gesetz aber notwendig lückenhaft, und zwar auch das Gesetz des nationalsozialistischen Gesetzgebers[105]. Es werden deshalb Fälle auftreten, in denen das geschriebene Recht nicht ausreicht; hier gibt § 2 n. F. dem Richter die Möglichkeit, selbst Recht zu schöpfen aus dem gleichen Quell, aus dem der Gesetzgeber das Recht schöpft: aus dem gesunden Volksempfinden. Die richterliche Rechtsschöpfung unterscheidet sich aber von der des Gesetzgebers: Der Richter darf das aus der gesunden Volksanschauung gefundene Recht nur dann im Einzelfall als Recht setzen, wenn es dem Grundgedanken eines Gesetzes entspricht. Damit ist der Richter auch unter der Herrschaft des § 2 an das Gesetz als den erklärten Willen des Gesetzgebers gebunden.

Nach welcher Methode dieser „Grundgedanke" des Gesetzes zu bestimmen sei, ist Gegenstand einer seit jeher, vor allem aber in der neueren strafrechtlichen Literatur viel umstrittenen Frage[106]. Es kann sich in diesem Rahmen nicht darum handeln, zu der Frage im einzelnen Stellung zu nehmen, sondern nur den eigenen Standpunkt zu präzisieren. Wir glauben, daß mit § 2 StGB n. F. allein ein objektiver

---

[104]) H. Mayer, Lehrbuch S. 119; vgl. Mezger, ZStrW 55, 2, 8.

[105]) Leppin, JW 37, 3079, entgegen 1 D 373/36; auch Schwinge, JW 37, 2699 Anm.; dazu unten § 8 II.

[106]) im einzelnen vgl. Enneccerus-Nipperdey § 49; Mezger, Lehrbuch § 11 S. 80 ff.; Schwinge-Zimmerl, Wesensschau; Dahm-Schaffstein, Methodenstreit; Mezger, GS 108, 64 ff.; ZAkDR 37, 417 ff.

Standpunkt verträglich ist. Wenn der Richter auf den Grundgedanken eines Strafgesetzes verwiesen wird, wenn § 2 den Sinn hat, der materiellen Gerechtigkeit in jedem einzelnen Fall zum Siege zu verhelfen, so muß es notwendig sein, den Sinn des Gesetzes, seinen Grundgedanken, nach dem zu bestimmen, was wir heute aus dem Gesetz entnehmen können, nicht was der Verfasser des Gesetzes sich bei der Abfassung gedacht hat. Gerade weil der Gesetzgeber an Fälle der zu entscheidenden Art nicht gedacht hat oder nicht denken konnte oder wollte, kann sein Wille nicht entscheidend sein. „Der Inhalt des Gesetzes (der Wille des Gesetzes), nicht sein Werdegang (der Wille des Gesetzgebers) ist bindendes Recht.“[107]) Ein Wille des Gesetzgebers existiert für uns nur soweit, als er seinen Ausdruck im Gesetz gefunden hat; „der Gesetzgeber spricht nur in einer Sprache, durch die Publikation des Gesetzes; was nicht aus dem Gesetz entnommen werden kann, ist nicht gesetzliches Recht“[108]). Das Gesetz führt damit ein von seinem Urheber losgelöstes Eigenleben; bleibt der „Wille des Gesetzgebers“ hinter dem zurück, was verständige Auslegung aus dem Gesetz entnehmen kann, so bindet der Wille des Gesetzgebers uns nicht; wollte der Gesetzgeber mit seiner Regelung mehr erreichen, als er bei verständiger Betrachtung des Gesetzestextes erreicht hat, so ist das Gewollte nicht Gesetz geworden[109]). Der Grundgedanke eines Gesetzes ist daher nicht aus dem zu ermitteln, was der (historische) Gesetzgeber sich gedacht hat, sondern aus dem, was wir bei unvoreingenommener, vernünftiger Betrachtung des Gesetzes als dessen Willen, als seinen Sinn und Inhalt feststellen können. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um ein Gesetz aus der Zeit vor oder nach dem Umbruch handelt[110]).

Diese objektive Methode scheint uns auch geboten durch die Aufforderung des nationalsozialistischen Gesetzgebers an das RG, „bei der Auslegung des Gesetzes den durch die Staatserneuerung eingetretenen Wandel der Lebens- und Rechtsanschauung“ Rechnung zu tragen (Art. 2 des Gesetzes zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und Gerichtsverfassungsgesetzes vom 28. 6. 35). Dieser Aufgabe könnte das höchste Deutsche Gericht nicht gerecht werden, wenn es bei der Aus-

---

[107]) Mezger, Lehrbuch, S. 80/81 m. Nachw.; Leitfaden S. 35 unter a); für § 2 n. F. vertreten einen objektiven Standpunkt: Dohnanyi DJ 37, 158 ff.; Klee, ZAkDR 37, 697; einen subjektiven Kohlrausch, § 2 IV 5 c S. 28; eine Mittelmeinung: Schwinge-Zimmerl, Wesensschau, S. 75; Schneider, DtRecht 37, 78 f.; AG Hamburg, 84 Ds 2073/36; wohl auch K. Schäfer, JW 37, 381, 3150. Dalcke § 2 Bem. 2 a S. 9; Rietzsch, DJ 37, 1755; gegen Kohlrausch: Schaffstein, ZStrW 57, 615, 616; wie hier: Schwarz, Anhang zu § 2 Bem. II.

[108]) RGZ 27, 411; vgl. die Formulierung bei Mezger, Lehrbuch, S. 325: „Nicht das Motiv des Gesetzes, sondern das Gesetz selbst ist maßgebende Richtlinie“.

[109]) Auch Rejewski S. 52 betont, daß der Grundgedanke regelmäßig über die Tragweite hinausgehen wird, die man dem Gesetz bei seinem Erlaß zuschrieb.

[110]) anders die in N. 107 erwähnte Mittelmeinung.

legung von gesetzlichen Vorschriften und bei der Ermittlung des Grundgedankens der Gesetze an die Meinung des Gesetzgebers gebunden wäre. Ihrem Wortlaut nach bezieht sich die Vorschrift freilich nur auf Gesetze der früheren Zeit, es dürfte in ihr aber der allgemeine Rechtsgedanke gefunden werden, daß jede Auslegung von Gesetzen sich nach den jeweiligen im deutschen Volke herrschenden „gesunden" Anschauungen zu richten hat, wenn sie nicht lebensfremd werden will[111]).

Die bisherige Rechtsprechung des RG zu § 2 n. F. läßt klare Grundsätze noch vermissen, wie denn überhaupt das RG sich auch sonst in seiner Rechtsprechung nicht auf einen Methodenmonismus festgelegt hat[112]). An objektive Gesichtspunkte klingt an 1 D 65/36, wo es heißt: „Zum Ausgangspunkt muß die Rechtsanwendung das Gesetz in der Form nehmen, wie es nun einmal vorliegt: Zweifel, die diese offen läßt, können aus dem vom Gesetz verfolgten Zweck, dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers, gelöst werden". Auf der anderen Seite hat das RG aber wiederholt seine Meinung allein aus dem „Willen des Gesetzgebers" gewonnen, wie er aus den sog. Gesetzesmaterialien, den Motiven, dem Werdegang des Gesetzes usw. zu ermitteln war. So haben 4 D 97/36 und 5 D 130/37 sich rein auf historische Erwägungen gestützt, als sie die Ausdehnung des § 174 Nr. 1 StGB auf den leiblichen Vater für unmöglich erklärten[113]). Auch zur Rechtfertigung seiner viel bekämpften Rechtsprechung zu § 164 StGB beruft sich das RG in den Entscheidungen 4 D 510/36 und 5 D 514/37 im Wesentlichen auf den Werdegang des Gesetzes und den (angeblichen) Willen des nationalsozialistischen Gesetzgebers[114]).

II. Eine Bestimmung des Grundgedankens, die nicht von den Absichten des Gesetzgebers, sondern von dem erkennbaren Sinn des Gesetzes ausgeht, hat auch den Vorwurf nicht zu fürchten, sie „verschiebe" den Grundgedanken eines Gesetzes, „ersetze" ihn in unzulässiger Weise durch einen anderen[115]). Von einem „Hinwegsetzen über den klaren Willen des Gesetzgebers" kann dort keine Rede sein, wo es auf diesen Willen des Gesetzgebers nicht ankommt. Deshalb ist es nicht unzulässig, den Grundgedanken des § 259 StGB heute nicht mehr in einer „Aufrechterhaltung der durch die Vortat verübten Rechtsverletzung" zu sehen[116]), sondern ihn richtiger und in gebotener Weiterentwicklung als „Ausbeutung strafbaren Erwerbs durch Aufrechterhaltung einer nach der Verkehrsauffassung mißbilligten Vermögenslage"[117]) zu deuten.

---

[111]) vgl. Siegert, JW 35, 891; Schwarz, Anhang zu § 2 Bem. II.
[112]) näher dazu Dahm, ZStrW 57, 261 ff.; Klee, ZAkDR 37, 697.
[113]) dazu unten § 16.
[114]) unten § 19.
[115]) Kohlrausch § 2 Bem. IV 5 c.
[116]) vgl. unten § 15; von dem Erfordernis der Vorteilsabsicht beim Täter darf dabei natürlich nicht abgegangen werden: RG 1 D 954/37. (JW 38, 1241 Nr. 4.)
[117]) Mezger, ZAkDR 38, 163; vgl. K. Schäfer, JW 37, 3299 Anm.; ferner Wolf, der in ZAkDR 38, 100 Anm. von „dem heute klarer als vor 70 Jahren erfaßten Grundgedanken des § 304" spricht.

Unzulässig wäre es aber auch nach der hier vertretenen Ansicht, einen dem Gesetz selbst entnommenen Grundgedanken umzudeuten in einer dem Gesetz fremden Weise, auch wenn die heutige Rechtsauffassung diesen Grundgedanken für verfehlt hält[118]). So wäre es unzulässige Abwandlung der Wesensart des Mordes nach § 211 das Unterscheidungsmerkmal gegenüber dem Totschlag in anderen Merkmalen als der „Überlegung“ zu sehen[119]). Auch das RG hat es in 3 D 244/36 (E. 70, 313) ausgesprochen, daß die Bestrafung der Selbsttötung und der Beihilfe zu einer solchen auf einem anderen Grundgedanken beruhen würde als die Bestrafung der Tötung eines anderen Menschen, der Vernichtung fremden Lebens, nämlich auf dem — den geltenden Tötungsdelikten fremden — Gedanken, daß auch die Vernichtung des eigenen Lebens mit Strafe bedroht sein solle[120]).

III. Es ist auch die Frage aufgeworfen worden, ob ein Strafgesetz auf eine Tat auch dann gemäß § 2 anwendbar sei, wenn es mehrere Grundgedanken enthalte, von denen nur einer auf die Tat zutrifft[121]). Dem liegt die Auffassung zugrunde, als könne ein Strafgesetz mehrere gleichwertige Grundgedanken enthalten[122]). Das ist aber nicht richtig. Wenn einem Strafgesetz mehrere Gedanken zugrunde liegen, so macht erst der Zusammenklang dieser Gedanken den aus dem Gesetz zu entwickelnden weiteren Rechtsgedanken aus. Es handelt sich also bei dieser Fragestellung in Wirklichkeit nicht darum, daß „zwei“ Grundgedanken in Frage stehen, sondern nur darum, daß ein Grundgedanke aus zwei oder mehr Elementen zusammengeflossen ist. Es liegen denn auch dem § 259 StGB nicht etwa zwei Grundgedanken zugrunde[123]), ebensowenig dem § 164 StGB[124]). Dahm spricht zutreffend nur davon, daß ein „Teil“ des Grundgedankens, nicht daß einer von mehreren Grundgedanken zutreffe. Gerade dieses Beispiel[125]) beweist aber, daß § 2 nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn die konkrete Tat dem Grundgedanken des Gesetzes seinem ganzen Umfang nach unterfällt.

§ 7.

Spezialität des Grundgedankens.

Der Richter ist bei der Anwendung des § 2, bei der Schöpfung des Rechts aus dem gesunden Volksempfinden an den „Grundgedanken“ eines Strafgesetzes gebunden. Wir haben angenommen, daß damit nicht

---

118) insoweit ist der Kritik Zimmerls, Auslegung S. 183/4 an Siegert JW 35, 891 beizustimmen.

119) vgl. hier § 20 I.

120) vgl. Mezger, ZAkDR 38, 117 II; unten § 20 III.

121) vgl. K. Schäfer, JW 37, 3299 Anm. für § 259 StGB; Klee, ZAkDR 37, 697 für § 164 StGB; Dahm, ZAkDR 37, 728 für § 361 Nr. 10 StGB.

122) RG 3 D 670/36 spricht von „den“, 1 D 1100/36 von „einem“ Grundgedanken des § 259 StGB. Dazu K. Schäfer a. a. O.

123) hier § 16.

124) hier § 19.

125) hier § 23.

verboten sein soll, den anzuwendenden Grundgedanken aus mehreren Strafgesetzen zu entnehmen (Rechtsanalogie). Es handelt sich dann um die Anwendung eines allgemeinen, aus dem Geiste der Rechtsordnung entnommenen Rechtsgrundsatz, der in mehreren Einzelgesetzen zum Ausdruck gekommen ist. Darin findet aber auch die Rechtsanalogie ihre Begrenzung, die nicht ein Aufsteigen zu den höheren und höchsten Zwecken des Rechts sein darf[126]). Die Analogie darf den festen Boden des positiven Rechts nicht verlassen; immer muß es sich in dem zu verallgemeinernden Grundgedanken um den besonderen Grundgedanken eines bestimmten oder mehrerer bestimmter Gesetze handeln[127]).

Diese Einschränkung ist, wenn die „richterliche Rechtsschöpfung" nicht zu Willkür, Rechtsunsicherheit und Rechtszersplitterung führen soll, schon aus praktischen Gesichtspunkten erforderlich. Auch die Rechtsprechung des RG hat in diesem Sinne den § 2 ausgelegt. Grundlegend äußert sich 5 D 130/37, wo darüber zu entscheiden war, ob die Vorschrift des § 173 StGB auf bloße unzüchtige Handlungen des Vaters mit seiner Tochter anwendbar sei[128]). Die Revision der Staatsanwaltschaft wollte die Vorschrift angewendet wissen, da ihr Grundgedanke die „Erhaltung der Reinheit der Familie" sei. Darin sieht das RG zutreffend eine unzulässige Verallgemeinerung des Grundgedankens des Gesetzes und führt aus: „Neben dem Gesetz ist ..... als weitere Rechtserkenntnisquelle der Rechtsgedanke heranzuziehen, der in einem Strafgesetz seinen Ausdruck gefunden hat; er ist Grundlage der Bestrafung, wenn diese dem gesunden Volksempfinden erforderlich erscheint. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Richter den Grundgedanken eines bestimmten Strafgesetzes so verallgemeinern darf, daß die Verbindung mit dem gesetzlichen Tatbestand völlig verloren geht, oder dem Willen des Gesetzgebers geradezu entgegengehandelt wird."

In ähnlicher Weise wendet sich 3 D 260/37 gegen die Verallgemeinerung des Grundgedankens des § 361 Nr. 10 StGB dahin, daß dieser in dem „Schutz der öffentlichen Ordnung" gefunden werde. In einer so allgemeinen Formel kann der in § 2 StGB gemeinte „Grundgedanke" eines Gesetzes nicht gefunden werden, denn dem Schutz der öffentlichen Ordnung ist „letzten Endes alles Recht zu dienen bestimmt".

Die Abgrenzung von zulässiger Analogie und unzulässiger Verallgemeinerung ist nach abstrakten Gesichtspunkten nicht zu finden; wie weit die Verallgemeinerung des Gedankens eines Gesetzes gehen darf, ohne daß die Verbindung mit dem gesetzlichen Tatbestand völlig verloren geht, läßt sich letztlich nur am Ganzen des Rechts, an der Stellung

---

[126]) Kohlrausch, § 2 IV 4 S. 26; 32. Aufl. § 2 IV 3.

[127]) zustimmend: Mezger, Leitfaden, S. 37; DJZ 36, 601; K. Schäfer, JW 35, 2324; Schwarz, ZAkDR 36, 289; Niethammer, Olshausen Nachtr. § 2 Bem. 5 b; Zimmerl, Auslegung S. 178; Schem, S. 190.

[128]) vgl. unten § 17 II.

der einzelnen Vorschrift im Gesetz, an den sittlichen und rechtlichen Anschauungen des Volkes ermessen. Es handelt sich um Wertungsfragen, wie etwa bei dem Verhältnis mehrerer Strafgesetze zueinander[129]).

§ 8.

Die Selbstbeschränkung des Gesetzes.

I. Trotz Zutreffens des Grundgedankens eines Strafgesetzes auf eine Tat kann im Einzelfall ihre Bestrafung in Anwendung des § 2 StGB unzulässig sein. Das ist dann der Fall, wenn das Gesetz seiner Anwendung selbst Grenzen setzt, die nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Sinn des Gesetzes nicht überschritten werden dürfen.

RG sagt in 4 D 97/36, der in dieser Frage grundlegenden Entscheidung: „..... überall da, wo dem Gesetz bei seinem Erlaß ersichtlich Schranken gesetzt worden sind, über die hinaus es nach dem Willen des Gesetzgebers nicht zur Anwendung gebracht werden soll, kommt nicht in Frage, daß dennoch andere Taten, die bewußt nicht dem Gesetz unterstellt worden sind, nach dessen Grundgedanke Strafe verdienen könnten". Das RG lehnt es hier ab, einen Vater aus § 174 Nr. 1 StGB zu bestrafen, der seine leibliche Tochter unzüchtig berührt hatte[130]), weil der Gesetzgeber bewußt solche Fälle von der Strafbarkeit habe ausnehmen wollen.

Ähnlich sieht das RG in 5 D 997/36 sich durch bewußte Grenzziehung des Gesetzgebers gehindert, den Versuch des Vergehens nach § 216 StGB gemäß § 2 zu bestrafen[131]); 5 D 313/37 endlich leugnet die Möglichkeit, den § 179 StGB auf andere als die dort genannten Irrtumsfälle auszudehnen[132]).

Die reiche Kasuistik der Rechtsprechung zu der hier behandelten Frage kann an dieser Stelle nicht aufgezählt werden, sie ist bei der Behandlung der einzelnen Entscheidungen immer wieder zu berühren. Es soll nur an zwei Fällen gezeigt werden, daß der Grundgedanke des Gesetzes weitergehen kann, als das Gesetz ersichtlich gehen will, daß hier also nicht nur die Bestimmung des „Grundgedankens" der Gesetze in Frage steht, sondern darüber hinaus eine „bewußte Grenzziehung" den an sich zutreffenden Grundgedanken einschränkt.

Der eine dieser Fälle ist die Bestrafung der „Führerflucht" beim Radfahrer[133]): der Grundgedanke des § 22 I KFG ist die Verhinderung der Flucht des schnellbeweglichen Verkehrsteilnehmers nach einem Unfall und trifft auch auf den Radfahrer zu. Gleichwohl ist eine Be-

[129]) Mezger, Lehrbuch, S. 472 ff.
[130]) unten § 17 III.
[131]) unten § 20.
[132]) unten § 17 VII.
[133]) unten § 24 I.

strafung mit Rücksicht auf die feste Grenzziehung in § 27 KJG nicht möglich.

Der andere Fall betrifft den § 49a StGB. In Absatz 1 dieser Vorschrift ist mit Strafe bedroht die Aufforderung eines anderen zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem solchen oder die Annahme einer solchen Aufforderung. Diesen weitgespannten Grundgedanken schränkt aber der Absatz 3 der Vorschrift selbst dahin ein, daß eine „lediglich mündlich ausgedrückte" Aufforderung nur bestraft wird, wenn sie „an die Gewährung von Vorteilen irgendwelcher Art geknüpft worden ist". Der Grundgedanke: Verhinderung der Aufforderung zu einem Verbrechen: trifft auch zu, wenn die Aufforderung lediglich mündlich erfolgt; die bewußte Grenzziehung verbietet aber dann eine Bestrafung. Daher erscheint 5 D 181/37 zutreffend, wo der Angeklagte die mündliche Aufforderung verstärkt hatte durch Hingabe von Verbrechenswerkzeugen.

Das RG geht in dieser Rechtsprechung von seiner „Lückentheorie" aus[134]; es will den Weg des § 2 nur dort für gangbar halten, wo der Gesetzgeber unbewußt eine lückenhafte Gesetzesfassung gewählt hat, aber überall dort ein Analogieverbot annehmen, wo der Gesetzgeber bewußt eine Lücke des Gesetzes gelassen hat. Folgerichtig nimmt der höchste Gerichtshof auch überall dort eine „Selbstbeschränkung" an, wo der Gesetzgeber zwar die Möglichkeit anderer Fallgestaltung bedacht, aber trotzdem eine bestimmte engere Gesetzesfassung gewählt hat. Die reichsgerichtliche Rechtsprechung erscheint uns hier zu eng, denn Gesetzeslücken können vom Gesetzgeber aus verschiedenen Gründen auch bewußt offen gelassen sein. Es genügt also in keinem Fall, zu prüfen, ob eine Gesetzeslücke bewußt oder unbewußt offen geblieben ist; dazu kommen muß immer eine Untersuchung, aus welchen Gründen dies geschehen ist[135]. Außerdem müssen aber nach unserer Auffassung diese Gründe sich aus dem Gesetz selbst ergeben, es genügt nicht, wenn der Gesetzgeber sie nur in den Motiven oder in sonstigen Verlautbarungen kundgegeben hat. Wir möchten daher eine Grenzziehung im Sinne einer „Selbstbeschränkung des Gesetzes" nur dort annehmen, wo sich aus dem Gesetz selbst ergibt, daß der einem Gesetz zugrunde liegende allgemeinere Rechtsgedanke in dieser oder jener Richtung nicht verallgemeinert werden darf[136].

---

[134]) darüber oben § 6.

[135]) Es können auch die Gründe, die den Gesetzgeber seinerzeit zu seiner Entschließung bewegten, inzwischen wegfallen, seine Bedenken gegenstandslos geworden sein.

[136]) im Schrifttum herrscht über diesen Grundsatz Einigkeit: Amtl. Begr. S. 28; L. Schäfer, DJ 35, 994; Brinkmann, DJ 35, 1587; Schwarz, DJZ 36, 213; GS 106, 247; ZAkDR 36, 287, 289; Zimmerl, Auslegung S. 182/183; Gesetz S. 229; Allfeld, GS 107, 312; Niethammer, Olshausen Nachtr. § 2 Bem. 4; ZStrW 55, 758 f.; Kohlrausch § 2 II; dazu Rietzsch, DJ 37, 1755; Gleispach, ZAkDR 36, 275; Klee, Dt. Recht 36, 468; K. Schäfer, JW 36, 1701 Nr. 38 Anm.; JW 37, 3149 Nr. 1 Anm.; Dahm, ZAkDR 37, 728;

II. Nicht überall, wo der Gesetzgeber bewußt eine Lücke läßt (eine negative Regelung trifft), liegt schon ein Analogieverbot vor; das ist insbesondere als Einwand gegen die Rechtsprechung des RG zu den Fällen der „irreführenden Anzeige“ (§ 164 StGB) zu sagen[137]). Das gilt nicht nur dort, wo die Lücke vom früheren Gesetzgeber bewußt offen gelassen wurde; auch nationalsozialistische Gesetze sind der Analogie nicht grundsätzlich unzugänglich.

Das RG hatte in 5 D 438/37 ausgesprochen, daß eine erweiternde Anwendung des § 266 StGB mit dem Willen des Gesetzgebers nicht vereinbar sei, der nach der Machtübernahme dieser Vorschrift ohnehin schon eine möglichst weitgehende und möglichst allgemeine Fassung gegeben habe. Wenn damit gesagt sein wollte, daß bei nationalsozialistischen Gesetzen schlechthin erweiternde Anwendung mit Hilfe des § 2 nicht möglich sei, so könnte dem nicht zugestimmt werden[138]). „Auch der nationalsozialistische Gesetzgeber nimmt für sich keine Unfehlbarkeit in Anspruch, auch seine Gesetze können und werden in ihren Formulierungen nicht immer alle Möglichkeiten des Lebens erfassen“[139]). Dem hat sich der 3. Senat des RG in 3 D 456/37 angeschlossen hinsichtlich der entsprechenden Anwendung des § 21 der Verordnung vom 4. Februar 1933[140]). Schließlich geht das RG in seiner Rechtsprechung zu § 266 StGB davon aus, daß er in seiner Neufassung eine „Lücke“ enthalte[141]); trotz des entgegenstehenden Wortlauts soll Untreue zwischen Angehörigen nur auf Antrag des Verletzten verfolgbar sein[142]).

---

vgl. schon Mezger, Lehrbuch, S. 286, 299; DJZ 36, 601; Leitfaden, S. 35 ff. unter b; aus der Rechtsprechung: OLG Jena Ss 34/37; Kiel Ss 55/36; nur Rejewski S. 45 ff., 54 ff. will solche Selbstbeschränkungen nicht anerkennen; ihm ist zuzugeben, daß die seit der Amtl. Begründung S. 28 nur allzu oft genannten Beispiele der „festen Altersgrenzen“ nicht ohne weiteres der Prüfung entheben, ob der Grundgedanke nicht doch eine Ausdehnung erlaubt; erst wo dies zu verneinen ist, liegt eine Selbstbeschränkung vor (vgl. Rejewski selbst S. 52 f.!).

[137]) dazu unten § 19 II; ferner Schäfer, JW 37, 382; Dohnanyi DJ 37, 158.

[138]) so auch Schwinge in der Anm. JW 37, 2699; Dalcke, § 2 Bem. 2 a, S. 10.

[139]) Leppin, JW 37, 3079 entgegen 1 D 373/36.

[140]) die Entscheidung behandelt übrigens auch die Frage der entsprechenden Anwendbarkeit des § 139 StGB a. F., die über den Sonderfall hinaus wohl kaum mehr praktische Bedeutung haben wird. Goedel, DJ 38, 592 (III 16), 594 (V 7).

[141]) oben § 4.

[142]) dazu vergl. K. Schäfer, DStrR 5, 130 Anm.

§ 9.

Das Verschuldensprinzip.

Die Beseitigung des Analogieverbotes des § 2 a. F. hat die „fundamentale Bedeutung“, die dem gesetzlichen Tatbestand im Aufbau des Strafrechts zukommt, unberührt gelassen[143]). Der gesetzliche Tatbestand bleibt „das vom Strafgesetz selbst in seinen einzelnen Strafbestimmungen näher umschriebene Unrecht“, er bleibt „der eigentliche Träger strafrechtlicher Unrechtsbewertung“. Seine Stellung hat sich nur insofern verändert, als das tatbestandsmäßige Unrecht nicht mehr das einzige strafrechtlich bedeutsame Unrecht ist, sondern nunmehr jede Tat an dem Rechtsempfinden des Volkes auf ihren Unrechtsgehalt geprüft werden muß. Der gesetzliche Tatbestand bleibt das Leitbild, an dem sich auch die materielle, konkrete Unrechtsbewertung auszurichten hat: der „Grundgedanke eines Strafgesetzes“ muß, als das vom Führer in Form eines Gesetzesbefehls typisierte Unrecht, der Unrechtsbewertung zu Grunde gelegt werden.

Diese Funktion des Tatbestandes bleibt erhalten. Strafgrund, Strafrechtsquelle ist das gesunde Volksempfinden; die gesunde Volksanschauung über Recht und Unrecht „ist Urquell alles Rechts im nationalsozialistischen Staat, wenn auch dieses dem Volk entsprungene Recht, um positives Recht zu sein, überall erst der Formung und Anerkennung seitens der Staatsführung bedarf. Aber wo auf den materiellen Inhalt des Gesetzes und der Rechtssätze zurückgegriffen werden will, da kann immer nur jene „gesunde Volksanschauung“ die maßgebende Richtlinie sein“[144]). Damit ist zweierlei gesagt: der Richter darf sich weder über die Schranken hinwegsetzen, die ihm der Führer in dem Grundgedanken der geschriebenen Rechtssätze gesetzt hat, noch darf er über das hinausgehen, was das gesunde Volksempfinden für Unrecht und strafbar erachtet.

Beide Grenzen würde der Richter überschreiten, der einen Angeklagten ohne Rücksicht auf dessen subjektives Verschulden bestrafen würde. Es gehört zu dem Grundgedanken eines jeden einzelnen Strafgesetzes, daß der Täter, um strafbar zu sein, vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben müsse. Der Satz „ohne Schuld keine Strafe“ ist „ein wesentlicher Bestandteil des modernen Strafrechtsbewußtseins“[145]), ein fundamentales Prinzip allen Strafrechts, wenn er auch im geltenden Strafrecht noch nicht lückenlos durchgeführt ist. Es besteht aber kein Zweifel, daß ein künftiges Willensstrafrecht auch die letzten Reste der „Unkultur“ verschwinden lassen wird. Daher war es verfehlt, wenn ein Landgericht eine Angeklagte (Bäuerin) wegen „fahrlässiger Brand-

[143]) Mezger, Lehrbuch, S. 176; dazu DJZ 36, 601 ff.; ZStrW 55 (36) S. 1 ff.
[144]) Mezger, ZStrW a. a. O., S. 8.
[145]) Mezger, Lehrbuch, § 34 II.

stiftung" in entsprechender Anwendung des § 309 StGB verurteilte, die ein von ihrer Mutter gelegtes Feuer nicht gelöscht hatte, obwohl das Gericht glaubte, Vorsatz oder auch nur Fahrlässigkeit bei ihrem Handeln nicht feststellen zu können. Das RG, 2 D 10/37, hob dieses Urteil auf, indem es bemerkte, mit der Forderung, daß die Tat nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes Bestrafung verdienen müsse, sei die „übrigens selbstverständliche" Forderung aufgestellt, daß dem Angeklagten Verschulden nachgewiesen sein müsse[146]). Das Urteil verstoße gegen § 2 StGB und gegen die Grundsätze des Strafrechts. Wir können ergänzend hinzufügen: es verstößt auch gegen gesundes Volksempfinden. Denn es gehört nach gesunder Volksanschauung zu den Prinzipien des Strafrechts, daß nur schuldhaftes Unrecht strafbar sein dürfe[147]). Der § 2 n. F. ist nicht dazu geschaffen worden, das Verschuldenprinzip außer Geltung zu setzen; zu einer solchen Anwendung besteht kein Bedürfnis.

Zu einer Bestrafung ohne Verschulden würde es übrigens auch führen, wenn man[148]) mit Hilfe des § 2 die Fälle des sog. dolus generalis und die bekannten „Irrtumsfälle" der aberratio impetus seu ictus anders behandeln würde als das bisher geschehen ist[149]). Hier wie in manchen anderen in der Literatur und auch in der Rechtsprechung der Instanzgerichte erörterten Fällen hat man mit Recht davor gewarnt, „Abhilfe in einem Urteil nach ungeschriebenem Recht zu suchen"[150]); wenn man überhaupt in diesen Fragen anders entscheiden zu müssen glaubt, so sollte man den Fehler weniger im Gesetz als in dessen Anwendung suchen. „§ 2 hat nicht die Aufgabe, dem Wissenschaftler und dem Richter wissenschaftliches Denken zu ersparen und juristische Begründungen überflüssig zu machen."[151])

§ 10.

Die zeitliche Geltung des § 2 n. F.

Erst die Novelle vom 28. Juni 1935 hat, mit Wirkung vom 1. September 1935 das Zurückgreifen auf den „Grundgedanken" der Strafgesetze zugelassen (Art. 1 und 14). Der Satz des RG in 5 D 429/35 vom 1. 8. 35 (JW 35, 2732 Nr. 14): „Es wäre ein Unding, eine neue

---

[146]) Gallas, ZAkDR 37, 437 Anm.; Kohlrausch § 2 VII 2; Mezger, ZAkDR 38, 119; Dalcke § 2 Bem. 2 a S. 9; Goedel, DJ 38, 595 (VII 2).

[147]) vgl. Schwarz, Akademie-Denkschrift, S. 76 ff.

[148]) Schwarz, § 59 Anm. 2 A; Anhang zu § 2 Bem. IV 1 E; ZAkDR 36, 291; GS 106, 249.

[149]) vgl. RG vom 23. Juni 1933, 1 D 677/33, JW 33, 2144 Nr. 30 m. Anm. Doerr, E. 67, 258; 4. Febr. 1932, 2 D 1528/31, DRZ 32, Rspr. S. 230 Nr. 285; Mezger, Lehrbuch, S. 314 b und c. Wie hier auch Zimmerl, Auslegung S. 178; zustimmend Boldt, ZStrW 57, 620, 622.

[150]) Niethammer, ZStrW 55, 763, gleichlautend in Olshausen Nachtr. § 2 Bem. 6 a. E.

[151]) Zimmerl a. a. O.; vgl. auch Riedinger, DJR 1936, 231.

Gesinnung des Richters und ihre Betätigung erst vom 1. September 1935 an zu verlangen. Lebens- und Rechtsanschauungen kann man nicht mit befristeter Wirkung zur Geltung bringen" — gilt nicht für den § 2 StGB, der eine neue materiellrechtliche Norm darstellt. Vielmehr gilt auch hier der allgemeine Grundsatz, daß eine Handlung, die zur Zeit ihrer Begehung nicht strafbar war, es nicht durch eine spätere Gesetzesänderung wird, es sei denn, daß ein Gesetz ausdrücklich etwas anderes bestimmt[152]). Der § 2 StGB ist daher nur auf Taten anwendbar, die nach dem 1. September 1935 begangen sind.

Das RG hat diesen Satz schon mehrmals gegen Unterinstanzen oder Revisionsangriffe verteidigen müssen.

So lehnt das Urteil 1 D 1023/35 (E. 70, 130) die Anwendung des § 156 StGB auf einen Fall ab, wo vor dem 1. September 1935 die Abschrift einer falschen eidesstattlichen Versicherung (nicht diese selbst) bei Gericht eingereicht worden war[153]).

In 4 D 129/36 handelte es sich um die Frage, ob ehewidriger Geschlechtsverkehr, der nicht Beischlaf war, gemäß §§ 2, 172 StGB als Ehebruch zu bestrafen sei. Da die Tat vor dem 1. September 1935 begangen war, lehnte das RG die Verurteilung entgegen den Ausführungen der Revision, (aber in Übereinstimmung mit dem Oberreichsanwalt) ab[154]).

In 5 D 498/36 war es zwischen dem Angeklagten und einem anderen Mann im Jahre 1932 zu unzüchtigen, aber nicht beischlafähnlichen Vorfällen gekommen, die nach der neuen Fassung des § 175 StGB strafbar wären. Unter der Geltung des § 175 a. F. hatte das RG in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß unter widernatürlicher Unzucht zwischen Männern nur beischlafsähnliche Handlungen zu verstehen seien, nicht dagegen andere mit natürlichem Geschlechtsempfinden ebenfalls in Widerspruch stehende unzüchtige Handlungen. Gestützt war diese Rechtsprechung teils auf die Vorgeschichte, teils auf den Wortlaut der Strafbestimmung. Das RG hat auch bis in die neueste Zeit an dieser Auslegung festgehalten, nur hat es den Kreis derjenigen Handlungen, die als „beischlafsähnlich" anzusehen seien, ausgedehnt. Das Instanzgericht hatte aus § 175 a. F. verurteilt, mit einer Begründung, die die Vermutung nahelegte, als wolle das Gericht auf dem Wege des § 2 zu einer Bestrafung kommen. Das wäre zweifellos verfehlt, denn diese Bestimmung galt zur Tatzeit noch nicht. Andererseits galt aber § 175 a. F. nur bis 1. September 1935, sodaß also die Frage nach der Anwendung dieser Vorschrift gemäß § 2 überhaupt nicht aufgeworfen werden konnte.

---

152) so das Gesetz vom 29. März 1933, § 1, die sog. lex van der Lubbe; ferner Art. 2 des Ges. vom 22. Juni 1936 für den erpresserischen Kindesraub, § 239 a StGB. vgl. Frank Nachtr. § 2 Bem. III 3 S. 188/9.

153) darüber § 18.

154) S. darüber hier § 17.

Dem Versuch, die Vorschriften über die zeitliche Geltung von Strafgesetzen für unanwendbar zu erklären, soweit § 2 n. F. in Frage steht, tritt das RG in 3 D 31/37 entgegen. Soweit der dort knapp wiedergegebene Sachverhalt erkennen läßt, hatte der Angeklagte vor dem 1. September 1935 drei Frauen dazu angestiftet, Tierquälereien zu begehen, und hatte sich an der Grausamkeit und Erregung der Frauen geschlechtlich erregt und befriedigt. Das Landgericht hatte wegen Tierquälerei bestraft, zugleich aber auch „in entsprechender Anwendung" des § 175 b StGB. Diese Rechtsanschauung lehnt das RG zutreffend ab. Da § 175 b, der erst durch die Novelle vom 28. Juni 1935 neu gefaßt bezw. neu geschaffen wurde, erst am 1. September 1935 in Kraft trat, konnte die Tat des Angeklagten auf keinen Fall unmittelbar oder in entsprechender Anwendung auf Grund dieser Bestimmung bestraft werden. Ob nicht schon unmittelbare Anwendung des § 175 a. F. zum Ziele geführt hätte, mag hier offen bleiben[155]).

Ebenfalls aus Gründen der Tatzeit lehnte das Kammergericht 2 Ss 1/36 die entsprechende Anwendung des § 367 Nr. 12 StGB ab in einem Fall, wo ein Hausbesitzer deshalb bestraft werden sollte, weil er es unterlassen hatte, an der Haustüre eine zerbrochene Glasscheibe ganz zu entfernen oder zu ersetzen. Zutreffend bemerkt Klee[156]), daß die entsprechende Anwendung auch aus inneren Gründen nicht zu billigen wäre. Er warnt davor, gerade auf dem Gebiet des sogenannten polizeilichen Unrechts die Grenzen des Notwendigen zu überschreiten, die auch und insbesondere bei der Anwendung des § 2 zu beachten sind.

In 1 D 1100/36 endlich lehnte es das RG ab, Einzelhandlungen, die vor dem 1. September 1935 liegen und damals noch nicht strafbar waren, in den Zusammenhang einer fortgesetzten Straftat einzubeziehen[157]).

---

[155]) Vgl. einerseits Schäfer, JW 37, 1352 Nr. 63 Anm., andererseits RG 3 D 425/37; Kayser, Zur Strafbarkeit der Sodomie nach § 175 b StGB, DStrR 4, 46 ff.

[156]) D.StrR 3, 235.

[157]) Über die Entscheidung selbst s. hier § 15.

III.

Der „Allgemeine Teil“ des StGB.

§ 11.

Analoge Anwendung von Vorschriften des sog. „Allgemeinen Teils“.

Der Wortlaut des § 2 n. F. scheint es zu verbieten, Vorschriften des Allgemeinen Teils des StGB analog anzuwenden. Dies folgt nach einigen Schriftstellern aus dem Gebrauch des Wortes „Strafgesetz“ in Satz 1 und 2 der Bestimmung; denn, so sagt man[158]), die Vorschriften des Allgemeinen Teils sind keine „Strafgesetze“, sondern nur Modifikationen von solchen, nämlich Einschränkungen oder Ausdehnungen. Deshalb lehnt Zimmerl die Anwendung des § 2 auf Allgemeine Vorschriften ganz ab, während Kohlrausch die Frage nicht allgemein entscheiden möchte.

Damit ist aber die Tragweite der neuen Vorschrift verkannt, die nicht nur die bloße Möglichkeit analoger Bestrafung eröffnen, sondern dem Richter eine neben dem Gesetz stehende Rechtserkenntnisquelle zeigen will. Das Gesetz ist nicht mehr die einzige Grundlage für das Urteil des Richters, was im einzelnen Fall Recht sei; er kann, wenn das Gesetz ihm keine Auskunft gibt, zu den Quellen alles Rechts, zum gesunden Volksempfinden, herabsteigen. Es wäre unverständlich und zu eng, wollte man diese Möglichkeit nur dort als gegeben ansehen, wo es sich darum handelt, eine Strafvorschrift im engeren Sinn anzuwenden[159]).

Neben solchen allgemeinen sprechen auch praktische Erwägungen für diese Ansicht. Einmal kennt das StGB selbst nicht den Unterschied zwischen „Strafgesetzen“ im eigentlichen engeren Sinn als Gesetzen, bestehend aus Norm und Strafdrohung[160]) und Nicht-Strafgesetzen, bei denen die Strafdrohung fehlt, als welche die Vorschriften des „Allgemeinen Teils“ anzusehen wären. Sodann bezieht sich § 2 StGB nicht nur auf das „Ob“ der Strafe, sondern auch auf das „Wie“: dasselbe gilt aber auch von allgemeinen Vorschriften, z. B. über Ideal-

---

[158]) Zimmerl, Auslegung S. 178 (dagegen Boldt, ZStrW 57, 621, 622); Kohlrausch § 2 IV 8 S. 30 (dagegen Schaffstein, ZStrW 57, 615, 616); Goedel, DJ 38, 592, 593 (IV); auch KG 1 Ss 363/37.

[159]) So vor allem Mezger, Leitfaden, S. 36; DJZ 36, 601; ZAkDR 38, 118 III; Schwarz, Anhang zu § 2 Bem. III 2; GS 110, 369, 382.

[160]) dazu Mezger, Lehrbuch, § 22 III.

und Realkonkurrenz, §§ 73, 74 StGB, oder über die Wahlfeststellung, § 2 b StGB. Es muß daher als zulässig angesehen werden, auch allgemeine Vorschriften entsprechend anzuwenden.

Unterstützt wird diese Ansicht von der Überlegung, daß § 2 n. F. die Analogie im Bereiche des Strafrechts nicht erst zugelassen hat, sondern nur eine Umschreibung, eine Richtlinie für ihre Anwendung gibt[161]), darüber hinaus aber mehr als die sog. Analogie bringt.

I. Daß gerade bei Vorschriften des Allgemeinen Teils besondere Sorgfalt in der Beurteilung der Frage geboten ist, ob das Gesetz seinem inneren Sinne nach über seinen Wortlaut hinausreichende Anwendung gestattet, wird freilich zugegeben werden müssen[162]).

1. So bedeutet es eine Verkennung des § 59 StGB wie überhaupt der Grundlagen des geltenden wie des künftigen (Willens-) Strafrechts, wenn auf Grund des § 2 ein Angeklagter verurteilt würde, obgleich ihn kein Verschulden trifft[163]).

2. Es geht auch nicht an, den Versuch eines Vergehens zu bestrafen, welcher vom Gesetz nicht ausdrücklich für strafbar erklärt ist (§ 43 II StGB). Das RG hatte dies für den Versuch aus § 216 StGB bereits auszusprechen[164]). Auch in dem von Biron (ZWehrR 36, 183) berichteten Fall handelte es sich um (unzulässige) Bestrafung eines versuchten Vergehens aus § 293 StGB[165]); hier hatten die Täter (Soldaten) im Teich eines Bauern gefischt, den sie für offenes Wasser hielten, an dem ein Fischereirecht bestehe. Verurteilung nach § 242 StGB scheiterte aus subjektiven Gründen, nach § 293 StGB, weil der Versuch dieses Vergehens nach dem Gesetz nicht strafbar ist.

3. Ungeeignet zu einer grundsätzlich neuen Behandlung unter Berufung auf § 2 scheint uns auch das sog. Akzessorietätsprinzip in der Teilnahmelehre[166]). Hierüber bestehen im neuen Schrifttum drei Meinungen: die eine will die Akzessorietät überall dort ablehnen, wo unbillige Ergebnisse erzielt werden, weil der Haupttäter aus irgend einem Grunde nicht strafbar ist[167]); eine zweite wenigstens dort, wo dem Haupttäter die Schuld fehlt[168]) oder wo er geisteskrank ist[169]), die dritte Meinung endlich sieht keine Änderung der Teilnahme-Akzessorietät veranlaßt[170]). Diese Meinung verdient den Vorzug. Die von den anderen

---

[161]) dazu hier vor § 1.

[162]) Insofern sind Kohlrausch's Bedenken berechtigt.

[163]) vgl. oben § 9.

[164]) unten § 20 II.

[165]) der Fall dürfte auch aus dem Gesichtspunkt des § 2 b StGB Beachtung verdienen.

[166]) vgl. Mezger, Lehrbuch, S. 63.

[167]) Hubernagel, DJZ 35, 1203; Schem, S. 201; Sternagel-Haase, S. 99.

[168]) Schwarz, GS 106, 249; ZAkDR 36, 116, 119; 290; StGB Anhang zu § 2 Bem. 4 1 C.

[169]) Kohlrausch, S. 112; dagegen Schaffstein ZStrW 57, 615, 617.

[170]) Kohlrausch 32. Aufl. § 2 IV 2; Zimmerl, Auslegung, S. 178 zustimmend Boldt ZStrW 57, 621, 622; Schwarz ZAkDR 36, 288; Schaffstein ZStrW 57, 615, 617.

beklagten Unbilligkeiten des Prinzips der „Anlehnung" bestehen bei einer richtigen Erfassung des Täterbegriffs und damit der Teilnahmelehre nicht[171]). Auf jeden Fall aber bedeutet es eine Verkennung des Grundgedankens der geltenden Teilnahmeregelung, die gerade in der Abhängigkeit von einer strafbaren Haupttat besteht[172]), auf diese Anlehnung zu verzichten. Der Anstifter wird nicht wesentlich deshalb bestraft, weil er durch einen anderen ein Rechtsgut verletzt hat, sondern weil er einen anderen zum Verbrecher gemacht hat[173]). Die Eigenart der Teilnahme besteht nicht in einer besonderen Verursachung des Erfolgs durch den Teilnehmer, sondern in einer besonderen Bewertung dieses Ursachenzusammenhangs. Demgemäß bedeutet auch § 4 JGG, der von jenen beiden ersten Meinungen „analog" ausgedehnt wird, eine Durchbrechung nur dieser Bewertung, nicht auch des Prinzips der Teilnehmerverursachung[174]).

II. Die Rechtsprechung des RG ist bisher einer grundsätzlichen Entscheidung unserer Frage aus dem Wege gegangen; kennzeichnend hierfür ist der Satz aus 5 D 99/38 (JW 38, 1514 Nr. 2): „Es braucht nach alledem nicht weiter geprüft zu werden, ob die Vorschriften des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs überhaupt der entsprechenden Anwendung fähig sind".

Wiederholt schon hatte das RG Stellung zu nehmen zu der Frage, ob das strenge Absorptionsprinzip des § 73 StGB auch unter der Geltung des § 2 n. F. noch berechtigt ist[175]), hat aber in allen diesen Entscheidungen sich ersichtlich bemüht, eine allgemeine Lösung zu vermeiden.

Der an anderer Stelle näher zu erwähnende Beschluß des Großen Strafsenats zur Frage des „Rasseverrats im Ausland" gewinnt seine im Ergebnis zu begrüßende Entscheidung aus Erwägungen, die nicht nur den § 2 zur Begründung nicht heranziehen, sondern ihn sogar verschiedenlich als zur Lösung ungeeignet erklären[176]). So enthält der Beschluß im Ergebnis überhaupt keine Begründung[177]).

III. Über die Frage der entsprechenden Anwendbarkeit von Vorschriften des „Allgemeinen Teils" geht noch hinaus die Frage, ob § 2 auf Vorschriften des sog. Strafrechtsanwendungsrechts (§§ 3 ff StGB) anwendbar ist. Der Große Senat[176]) hat eine Antwort nicht gegeben; Kohlrausch (ZAkDR 38, 337 Ziff. 2) verneint mit der Begründung, § 2 n. F. beziehe sich nur auf Strafrechtsnormen, solche seien aber die §§ 3 ff. nicht. Wir folgen dem nicht; so gut die Vorschriften des EGBGB über das sog. Internationale Privatrecht der entsprechenden Anwendung

---

171) vgl. Mezger, Lehrbuch, S. 410 ff., insbes. S. 449 f., m. Nachw.
172) Zimmerl a. a. O.; Schwarz ZAkDR 36, 119.
173) H. Mayer, Lehrbuch, Einleitung, S. 13 vor V; vgl. jetzt auch in anderem Zusammenhang RG I D 57/37.
174) Mezger, Lehrbuch, S. 450.
175) unten § 13.
176) unten § 12.
177) vgl. Kohlrausch, ZAkDR 38, 335 ff.

fähig sind, so gut sind es die des StGB über Internationales Strafrecht. § 2 n. F. ist „beherrschende Richtlinie der gesamten Strafrechtspflege“[178]), hat also auch hier zu gelten. Endlich: mit der Beseitigung des sog. Analogieverbots des § 2 a. F. gilt im gesamten Strafrecht wie auch auf anderen Rechtsgebieten ohne gesetzliche Grundlage der Grundsatz, daß „Analogie“ zulässiges Auslegungsmittel des Gesetzes ist; selbst wenn § 2 n. F. sich in der Tat auf §§ 3 ff. StGB nicht erstrecken sollte, müßte doch die ungeschrieben zulässige Analogie zum Ziele führen.

§ 12.

Die Bestrafung von Auslandstaten.

Das geltende sogenannte zwischenstaatliche (internationale) Strafrecht wird beherrscht vom Territorialprinzip[179]) im Gegensatz zum künftigen, das vom Personalprinzip ausgehen wird[180]). Das hat zur Folge, daß von deutschen Staatsangehörigen im Ausland begangene Verbrechen und Vergehen, die nicht unter die in § 4 II Nr. 1 und 2 StGB besonders aufgezählten Delikte fallen, nur dann strafbar („verfolgbar“) sind, wenn die Tat auch nach den Gesetzen des Tatorts strafbar ist.

So hat das RG in 5 D 481/36 einen Stiefvater freigesprochen, der mehrmals mit seiner Stieftochter in Holland den Beischlaf vollzogen hatte. Das holländische Recht bestraft nur die Unzucht der Eltern mit ihren Kindern, nicht auch die von Pflegeeltern mit Pflegebefohlenen, umgekehrt das deutsche (§ 174 I Nr. 1 StGB). Die Entscheidung ist zutreffend, läßt aber — nicht aus Verschulden des RG — schwere Bedenken offen: nicht nur, daß der gesetzgeberische Grundgedanke des § 174 Nr. 1 auch für Taten zutrifft, die außerhalb des Reichsgebiet von Deutschen begangen werden, insbesondere wenn diese wieder in das Inland zurückkehren, ist es vor allem bedenklich, daß etwa der Täter zur Umgehung der deutschen Gesetze und um sein Vorhaben ungestraft ausführen zu können, sich vorübergehend ins Ausland begeben könnte, ohne daß strafrechtlich dagegen eingeschritten werden kann[181]).

Besonders krasse Fälle solcher Umgehung sind die der Umgehung der „Nürnberger Gesetze“. So fährt etwa ein in Deutschland wohnender Jude am Sonnabend mit einer deutschblütigen Deutschen ins nahe Ausland, um dort mit ihr den Geschlechtsverkehr auszuüben und nach Deutschland zurückzukehren[182]). Die Tat ist im Ausland begangen; ist sie nach dem betreffenden Auslandsrecht nicht strafbar — und das wird

---

[178]) RG 1 D 907/35 v. 6. und 17. Dez. 1935: E. 70, 58, 63 — JW 36, 737 Nr. 22; Mezger, ZAkDR 38, 116, 119; Lehmann JW 36, 696.

[179]) vgl. Mezger, Lehrbuch, S. 57.

[180]) vgl. Oetker, NS Handbuch, S. 1328; Drost, ZAkDR 37, 392; Gürtner I S. 219 ff.

[181]) vgl. Schäfer, JW 37, 469 Nr. 16 Anm.

[182]) sog. Wochenendverbrechen, vgl. Leppin JW 37, 3076, 3079.

in den meisten Fällen so sein —, so kann nach § 4 II Nr. 3 StGB[183]) der Jude nicht bestraft werden. Dieses Ergebnis ist für das nationalsozialistische Empfinden untragbar.

Man glaubte hier zunächst durch entsprechende Anwendung des § 4 II Nr. 1, 2 StGB helfen zu können mit der Begründung, es handle sich bei der Rassenschande um ein Verratsdelikt („Rasseverrat"), für welche das Realprinzip gilt[184]). In ähnlicher Weise will Kohlrausch (ZAkDR 38, 338 II 5) zwar nicht § 4 Nr. 2 StGB entsprechend anwenden, wohl aber den Rasseverrat dem Hoch- und Landesverrat gleichstellen. Aber das entbehrt de lege lata doch wohl der Begründung. Für beide Versuche gilt, daß hier eine unzulässige Erweiterung des Grundgedankens eines Strafgesetzes im Sinne eines Übergangs von der „Begriffsbildungsfrage" zur gesetzgeberischen „Prinzipienfrage"[185]) vorgenommen würde. Denn es ist „offenbar, daß es sich bei der Neuordnung dieses Gebietes um eine Aufgabe handelt, die dem Gesetzgeber vorbehalten sein muß, er allein ist in der Lage, die ganze Tragweite einer Neuordnung, besonders auch ihre Rückwirkung auf die ausländischen Gesetzgebungen zu übersehen": so der Große Senat in der sogleich näher zu erwähnenden Entscheidung. Die Beweisführung Kohlrauschs, der Rasseverrat untergrabe die völkischen Grundlagen des Staates, so wie der Hochverrat die verfassungspolitischen, der Landesverrat die machtpolitischen, vermag nicht zu überzeugen; denn nach unserer Auffassung ist jedes Verbrechen ein Verrat an der Volksordnung, und man könnte mit ähnlicher Begründung schließlich alle Deliktsgruppen als „Verrat" an irgend einer besonderen Ordnung des völkischen Lebens nach diesen Grundsätzen behandeln. Damit geht aber jede Begrenzung verloren.

Ebensowenig ist eine veränderte Auslegung des § 3 StGB etwa dahin möglich, daß unter bestimmten Voraussetzungen „eine außerhalb der geographischen Grenzen des deutschen Reichs begangene strafbare Handlung auf Grund des § 2 StGB einer Inlandstat i. S. des § 3 StGB gleichzustellen" wäre[186]). Der Große Senat hat diese Auslegung mit zutreffenden Erwägungen abgelehnt[187]).

Es kann sich endlich auch nicht darum handeln, das in Frage kommende Strafgesetz selbst „entsprechend" anzuwenden[188]). Mit Recht führt Goedel (DJ 38, 592 IV) aus, sowohl eine unmittelbare wie eine mittelbare Anwendung scheitere an der Grenzziehung, die durch die Bestimmungen des StGB über das „internationale Strafrecht" vorgenommen ist.

---

183) daß diese Vorschrift hier unanwendbar sei, wo die Voraussetzung ausländischer Strafbarkeit unerfüllbar sei, Kohlrausch, ZAkDR 38, 337 II 4, kann nicht zugegeben werden.

184) v. Ammon JW 36, 2962, 2963. Wegen des Realprinzips vgl. Mezger, Lehrbuch, S. 59/60.

185) vgl. Mezger, Lehrbuch, S. 82.

186) so die näher erläuterte Frage des Oberreichsanwalts an den Großen Senat (I a, b).

187) dagegen eingehend Kohlrausch, ZAkDR 38, 336 II 1.

188) Schwarz, Anhang zu § 2 Bem. IV 1.

Der Große Senat hat in GSSt 1/37 (E. 72, 91) für den dort zu entscheidenden Fall (4 D 261/37: JW 38, 1239 Nr. 2) ausgesprochen, „daß jedenfalls ein Jude deutscher Staatsangehörigkeit, der mit einer Staatsangehörigen deutschen Blutes außerehelich verkehrt, dann nach dem Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre strafbar ist, wenn er die deutsche Staatsangehörige veranlaßt hat, zu diesem Zweck vorübergehend ins Ausland zu kommen". Der Große Senat glaubt dies unmittelbar dem Gesetz entnehmen zu können, obwohl das Gesetz schweigt; es habe „stillschweigend eine im Ausland zur Umgehung der deutschen Gesetze begangene Rassenschande für strafbar erklärt" (so die letzte Frage des Oberreichsanwalts). So richtig diese Entscheidung im Ergebnis ist, so wenig befriedigt sie in der Methode. Es entbehrt der Begründung, inwiefern der vom Großen Senat aufgestellte Rechtssatz dem Blutschutzgesetz entnommen werden kann[189]).

In Wahrheit handelt es sich doch um einen Fall entsprechender Gesetzesanwendung nach § 2 StGB.

Das Blutschutzgesetz verbietet in § 5 I Eheschließungen zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes, und es erklärt solche Ehen für nichtig, „auch wenn sie zur Umgehung dieses Gesetzes im Ausland geschlossen sind". In § 5 I des Gesetzes sind die Täter für strafbar erklärt. Damit ist klargestellt, daß die Strafbarkeit auch dann eintreten soll, wenn die (nichtige) Ehe im Ausland geschlossen wurde[190]). Der § 5 BlSchG. ist demnach lex specialis gegenüber dem § 4 StGB[191]), wobei spezialisierendes Merkmal die Absicht der Gesetzesumgehung ist. Den Grundgedanken der Bestimmung kann man auch auf außerehelichen Geschlechtsverkehr im Ausland anwenden.

Unterstützt wird diese Auffassung noch durch das Ehegesundheitsgesetz vom 18. Oktober 1935; dort sind nach § 1 verbotene Ehen, die zur Umgehung des Gesetzes im Ausland geschlossen wurden, in § 3 I 2 für nichtig, die Täter nach § 4 für strafbar erklärt worden. Auch diese Vorschrift geht als Sondergesetz dem § 4 StGB vor.

Im Bereiche des BlSchG hilft sonach in den Umgehungsfällen entsprechende Anwendung des § 5 I BlSchG[192]). Darüber hinaus wird man in den beiden „Umgehungsbestimmungen" einen allgemeinen Rechtsgedanken finden dürfen, der über seine beiden unmittelbaren Anwendungsfälle hinaus bei allen Umgehungstaten angewendet werden kann[193]), wenigstens dort, wo als Täter deutsche Staatsangehörige in Betracht kommen[194]).

[189]) vgl. Kohlrausch, ZAkDR 38, 335 I.

[190]) Kohlrausch leugnet die Strafbarkeit der „Umgehungsehe", ZAkDR 38, 337 I 3 zu Unrecht.

[191]) Schmidt-Klevenow, DtRecht 36, 470; Stuckart-Globke § 5 I 4; daß auch Strafrechtsanwendungsrecht dem § 2 StGB untersteht, ist oben § 11 III ausgeführt.

[192]) Gütt-Linden-Maßfeller § 5 II 5; Freisler DStrR 3, 395; Kuhn, DJ 36, 1008; Becker, DJ 37, 457; Schwarz, GS 110, 369, 382; Rietzsch, DJ 37, 1755; a. M. Kohlrausch, S. 31.

[193]) Rundverfügung des RJM v. 2. IV. 1936; Dalcke § 2 Bem. 2 b.

[194]) Schäfer, JW 37, 469 Nr. 16 Anm. a. E.

So lassen sich wohl auch ähnliche Fälle aus dem Bereiche der politischen Vergehen lösen. Wenn Mitglieder der auf Grund der „Notverordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat" vom 28. Februar 1933 verbotenen Vereinigungen der „Ernsten Bibelforscher" zur Teilnahme an Kundgebungen oder Versammlungen dieser Sekte ins Ausland fahren, so machen sie sich nach § 4 der NVO strafbar, auch wenn die Teilnahme an den Versammlungen im Ausland nicht strafbar ist[195]). Das läßt sich nicht damit begründen, daß die verbotene Tätigkeit wenigstens teilweise auf deutschem Gebiet ausgeübt sei, da auch Hin- und Herreise fördernd zur Aufrechterhaltung der inländischen Organisation und der Verbindung mit der ausländischen Zentrale beigetragen hätten; denn bei der Reise handelt es sich nach 1 D 1051/36 nur um straflose Vorbereitungshandlungen. Die neueste Rechtsprechung des RG hat zwar die Grenze des strafbaren Versuchs sehr weit vorgeschoben[196]). Immerhin verlangt aber auch diese neueste Rechtsprechung, „daß der Täter begonnen hat, eine zum gesetzlichen Tatbestand des beabsichtigten Verbrechens gehörige Handlung auszuführen, oder doch eine solche, die vermöge ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit einer Tatbestandshandlung nach der natürlichen Auffassung als deren Bestandteil erscheint". Dagegen sind straflose Vorbereitungshandlungen solche, „die nur dazu dienen sollen, die Ausführung zu ermöglichen oder zu erleichtern" — so 1 D 176/37 unter Berufung auf 2 D 346/35. Das RG hat also für die Frage der Abgrenzung von Versuchs- und Vorbereitungshandlung die „Frank'sche Formel" von der „notwendigen Zusammengehörigkeit mit einer Tatbestandshandlung für die natürliche Auffassung"[197]) zu Grunde gelegt. Wir möchten gerade unter der Geltung des § 2 StGB diese Formel für glücklich halten, da sie „Wertungsgesichtspunkte mitklingen" läßt, „die nicht unmittelbare gesetzlich-positivistische Grundlage besitzen"[198]), was im Zuge des neuen Rechtsdenkens liegt. Gerade diese Formel verbietet aber in den meisten Fällen der „Umgehungstat" die Annahme strafbaren Versuchs, soweit nicht etwa in den Fällen der „Wochenendverbrechen" bereits in der Einwirkung auf den Willen der zu mißbrauchenden deutschen Frau eine Versuchshandlung gesehen werden kann[199]). In solchen Fällen ist dann ein Teil der Tat im Inland begangen und damit die ganze Tat in unmittelbarer Anwendung deutscher Gesetze strafbar[200]). Soweit diese Voraussetzungen nicht vorliegen, muß auf dem Wege des § 2 geholfen werden.

---

[195]) SchGer. Mannheim (2) 4 Ms 5/36; Becker, DJ 37, 457; Leppin JW 37, 3076, 3079 unter II 3.

[196]) vgl. Mezger, Lehrbuch, S. 384 ff.; aus der neueren Rechtsprechung 5 D 932/36; 2 D 622/36; 1 D 176/37; 3 D 192/36.

[197]) Frank, § 43 II 2.

[198]) Mezger, Lehrbuch, S. 384.

[199]) E. 52, 184; dazu Mezger, Lehrbuch, S. 385.

[200]) Mezger, Lehrbuch, S. 153. Ob nicht schon auf diese Weise der dem Großen Senat vorgelegte Fall der Rassenschande zu lösen gewesen wäre, mag hier nur angedeutet werden.

§ 13.

Zur Anwendung des § 73 StGB.

Die Bestrafung der Fälle der sog. Idealkonkurrenz wird beherrscht vom sog. Absorptionsprinzip, d. h. es kommt nach § 73 StGB „nur dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafe und bei ungleichen Strafarten dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafart androht, zur Anwendung". Während in der Verurteilung (Schuldigsprechung) eigentlich das Kumulationsprinzip gilt, herrscht in Ansehung der zu erkennenden Strafe das reine Absorptionsprinzip. „Sie darf nicht, wie es das Natürliche und Sachgemäße wäre, einer Kombination der verschiedenen Strafgesetze, welche die abstrakte Bewertung der Tat bestimmen, sondern nur dem schwersten Gesetz entnommen werden .... Die positiv-rechtliche Bestimmung läßt auch, so unzweckmäßig dieses Ergebnis sein mag, nicht zu, daß Straferhöhungen oder Nebenstrafen des leichteren Gesetzes berücksichtigt werden; ein höheres Straminimum des leichteren Strafgesetzes bleib gleichfalls unberücksichtigt"[201]).

Unter der Herrschaft des § 2 n. F. — der auch insoweit über bloße „Analogie" hinausgeht, kann dieses sachlich wenig gerechtfertigte Ergebnis vermieden werden[202]). In der Rechtsprechung hat zuerst das Sondergericht Stettin, 6 SR Ms 14/37, das Problem behandelt. Der Angeklagte hatte zwei Frauen öffentlich in einer Weise beleidigt, die zugleich den § 2 des „Gesetzes gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutz der Parteiuniformen" vom 20. Dezember 1934 (sog. Heimtückegesetz) erfüllte. Da diese Vorschrift gegenüber § 185 StGB die schwerere Strafdrohung enthält, war sie für die Straffrage zugrunde zu legen. Es konnte also insbesondere nicht den beiden beleidigten Mitgliedern der NSV die nach § 200 StGB neben der wegen Beleidigung erkannten Strafe mögliche Veröffentlichungsbefugnis zuerkannt werden, da diese im Heimtückegesetz nicht vorgesehen ist. Das Sondergericht hat trotzdem so entschieden, aus der Erwägung, daß der Täter nicht dadurch billiger wegkommen dürfe, daß er neben der leichteren zugleich die schwerere Tat begehe. Das Heimtückegesetz brauche die Veröffentlichungsbefugnis nicht, da die dort geschützten Personen über Beschimpfungen so erhaben seien, daß eine Veröffentlichung der Bestrafung unnötig sei. Der Täter solle aber nicht der öffentlichen Wiedergutmachung dadurch entgehen können, daß er außer Volksgenossen in gehobener Stellung auch noch führende Männer beschimpfe[203]).

K. Schäfer[204]) weist darauf hin, daß es der Anwendung des § 2 nicht bedurft hätte, wenn man in der Veröffentlichungsbefugnis nach

---

[201]) Mezger, Lehrbuch § 69 III 1, S. 478, m. Nachw.; aus der Rechtsprechung: E. 6, 180; 8, 84; 16, 302 — hier hatte die Revision der Staatsanwaltschaft die Anfechtung der seitherigen Rechtsprechung mit § 2 a. F. in Verbindung gebracht —; E. 39, 155, 158; 60, 285; 69, 385.

[202]) Mezger, JW 37, 627 Nr. 15 Anm.; Zusammenstellung der Rechtsprechung bei Bepler, JW 38, 1553, 1556.

[203]) zustimmend: Dalcke, § 200 Anm. 41.

[204]) DJ 37, 708 Anm.

§§ 195, 200 StGB nicht eine Nebenstrafe — E. 6, 179; 46, 73; 53, 208 — sehe, sondern eine Maßnahme, die der Sicherung, Besserung oder Wiedergutmachung des angerichteten Schadens dient. Dann wäre auch schon nach der bisherigen Rechtsprechung die Zulassung trotz § 73 StGB möglich gewesen[205]). Die Streitfrage mag unentschieden bleiben; für unsere Betrachtung haben die Eigentümlichkeiten des Sonderfalls auszuscheiden und ist die Frage allgemein zu stellen: Schließt die in § 73 StGB gebotene Anwendung des schwersten Gesetzes einen Rückgriff auf die Strafdrohungen des milderen Gesetzes schlechthin aus? Darf das schwerere Gesetz auch mit einem etwaigen geringeren Strafminimum zur Anwendung kommen? Unter der Geltung des § 2 n. F. ist das zu verneinen.

Zweck dieser Vorschrift ist es, dem Richter eine sachlich gerechte Entscheidung auch gegen den Wortlaut (— nicht gegen den Sinn! —) des Gesetzes zu ermöglichen[206]); schon immer aber galt die Regelung des § 73 StGB als sachlich nicht gerechtfertigt[207]). Der Grundgedanke des § 73 StGB ist, daß der Täter durch seine gegen mehrere Strafgesetze verstoßende Tat die schwerste vorgesehene Strafe verwirkt haben soll. Diese Meinung hat schon immer Frank (§ 73 IV 1 m. Nachw.) vertreten; mit besonders erfreulicher Begründung auch RG vom 3. März 1881, E. 3, 390: „Durch den in § 73 ausgesprochenen Grundsatz der Anwendung jenes Gesetzes, welches die schwerste Strafe androht, soll nach den Motiven des Entwurfs lediglich der Satz des gemeinen Rechts, daß bei der Idealkonkurrenz nur auf die Strafe des schwereren Verbrechens zu erkennen sei, d. h. poena maior absorbet minorem, anerkannt werden. Die Anwendung des in § 73 ausgesprochenen Grundsatzes soll hiernach verhindern, daß neben der durch die Handlung verwirkten schwersten Strafe noch wegen der durch dieselbe bewirkte Verletzung eines weiteren Strafgesetzes eine weitere Strafe eintrete; nicht aber soll § 73 die Möglichkeit gewähren, im Falle einer Idealkonkurrenz dem einen Strafgesetz eine solche Anwendung zu geben, daß das Gericht unter das Strafmaß herabgehe, welches das andere der konkurrierenden Strafgesetze als Strafminimum vorschreibt, sodaß tatsächlich die Konkurrenz zu einer Ermäßigung der sonst verschuldeten Strafe führen würde“.

Diese Gründe sind auch heute noch maßgebend. Man hat also heute zu sagen: im Falle des tateinheitlichen Zusammentreffens zweier Gesetze ist für die Auswerfung der Strafe das schwerste Gesetz i. S. des § 73 StGB maßgebend; dabei dürfen jedoch Nebenstrafen und Nebenfolgen aus dem milderen Gesetz ausgesprochen werden, und es darf nicht unter die Mindeststrafe des milderen Gesetzes herabgegangen werden[208]).

---

[205]) Mezger, Lehrbuch, S. 478.
[206]) Mezger, JW 37, 628; dazu Schäfer a. a. O.
[207]) Mezger, Lehrbuch, S. 478; Schäfer a. a. O. unter Hinweis auf RG E. 16, 301; 6 D 171/36; 5/6 D 190/36; 2 D 89/37.
[208]) so auch Mezger, JW 37, 628 für das Verhältnis der §§ 226, 223 b II StGB; ferner Kohlrausch § 2 VII 3. Dalcke, § 73 Bem. 98 (S. 71).

Diese Meinung ist, wie oben erwähnt, schon früher vertreten worden. Gleichwohl muß aber daran festgehalten werden, daß sie sich erst durch § 2 n. F. begründen läßt; denn die Wortfassung des § 73 StGB erlaubte selbst bei ausdehnender Auslegung nicht dem Sinn des Gesetzes zum Siege zu verhelfen[209]).

In völlig einwandfreier Weise begründet so das AG Wasungen, 1 Ds 1/38 (DJ 38, 790) die Zuerkennung der Veröffentlichungsbefugnis aus § 15 LebMittGes. neben der aus § 263 StGB zu entnehmenden Strafe.

Auch das Sondergericht Frankenthal hat sich in 7 Js 175/37 (DJ 38, 197) auf die hier vertretenen Grundsätze berufen. Hier hatte der Angeklagte unter Verletzung seiner Wehrpflicht die Grenze ohne Erlaubnis zu überschreiten versucht, wobei er unbefugt ein Hoheitszeichen der NSDAP trug und sich als deren Mitglied ausgab, ohne es zu sein. Gemäß § 73 StGB war die Strafe aus § 3 des „Heimtückegesetzes" zu entnehmen. Da das Sondergericht einen „leichteren Fall" im Sinne dieser Vorschrift annahm, konnte es nicht gemäß § 32 StGB auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, entsprechend auch nicht gemäß § 35 StGB auf Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter erkennen[210]). In § 140 StGB, den der Täter auch verletzt hatte, ist (Abs. 1 S. 2) diese Nebenstrafe zwingend vorgeschrieben. Auch hier hätte § 73 entgegengestanden, doch entnahm das Sondergericht dem nach § 2 StGB maßgebenden gesunden Volksempfinden, daß § 73 jetzt anders beurteilt werden müsse, und sprach die Amtsunfähigkeit aus. Das wäre richtig und zu billigen, wenn das Vergehen gegen § 140 StGB vollendet gewesen wäre. Der Angeklagte war aber vor dem Überschreiten der Grenze festgenommen worden, die Tat daher im Versuchsstadium stecken geblieben (§ 140 II StGB). Deshalb war nach §§ 44, 45 StGB die Nebenstrafe nicht mehr zulässig[211]). Die Entscheidung des Sondergerichts Frankenthal ist daher nicht von § 73 her, wohl aber aus anderen Gründen zu beanstanden.

Der Standpunkt des RG in dieser Frage ist noch ungeklärt. Zunächst hatte der 3. Senat in 3 D 100/37 (DJ 37, 1227) in einem Fall des Zusammentreffens von tätlicher Beleidigung und Körperverletzung neben der aus § 223 StGB zu entnehmenden Strafe dem Verletzten die Veröffentlichungsbefugnis aus § 200 StGB zuerkannt, da es „dem Rechtsempfinden" entspreche. Die Entscheidung spricht sich nicht darüber aus, ob sie eine Rückkehr zu E. 3, 390 oder ein Anwendungsfall des

---

[209]) Mezger, Lehrbuch, S. 478; so auch E. 8, 84, wo es heißt: „Diese Ansicht empfiehlt sich, wie anerkannt werden muß, dem natürlichen Rechtsgefühl, widerspricht aber der ausdrücklichen und klaren Vorschrift des § 73.

[210]) Die nähere Begründung gibt oben § 5. Der „leichtere Fall" des § 3 Heimtückeges. ist dem „minder schweren Fall" des § 84 StGB nicht gleichzustellen.

[211]) vgl. Frank § 45 II; ferner die in § 4 zitierte Entscheidung 2 D 5/37: E. 71, 118.

§ 2 n. F. sein will[212]). Der Hinweis auf das „Rechtsempfinden" spricht für letzteres. In 3 D 865/37 (JW 38, 794 Nr. 15) hat der Senat aber diesen Standpunkt wieder verlassen und für den Fall der Tateinheit zwischen schwerer Urkundenfälschung (§ 268 StGB) und falscher Anschuldigung (§ 164 StGB) neben der aus § 268 StGB zu entnehmenden Strafe die Veröffentlichungsbefugnis nicht zugelassen.

Ganz erhebliche Bedenken hat dann aber eine Entscheidung des 2. Senats, 2 D 595/37 (E. 72, 113) ausgelöst. Die angeklagte uneheliche Mutter hatte im Vaterschaftsprozeß eine bewußt unwahre Aussage beschworen und dadurch sich zugleich eines Vergehens des Betrugs wie eines Verbrechens des Meineids schuldig gemacht. Da § 263 StGB im Sinne des § 73 StGB das schwerere Gesetz ist, ist die Strafe hieraus zu entnehmen, mit der Folge, daß die Tat — ein Meineid! — theoretisch mit einer Gefängnisstrafe von 1 Tag, ja gemäß § 27 b StGB mit Geldstrafe geahndet werden könnte. Daß das ein unmögliches Ergebnis ist, liegt auf der Hand[213]).

Dieses Urteil des 2. Senats ist am 20. Dezember 1937 ergangen. Der 1. Senat hatte sich in dem Urteil 1 D 62/38 vom 15. März 1938 (DJ 38, 790) mit einem ähnlichen Sachverhalt zu befassen. Er sucht den untragbaren Folgerungen zu entgehen, findet aber nur den Ausweg, zu erklären, es sei immer ein „besonders schwerer Fall" von Betrug, wenn die irreführende Aussage eidlich bekräftigt werde. Dem eigentlichen Problem geht aber das Urteil aus dem Wege: „Die Annahme würde jedem Rechtsempfinden widersprechen, daß der Meineid deswegen milder bestraft werden könnte, weil nicht allein diese Straftat, sondern daneben noch eine andere vorliegt. Auf welche Weise dieser Widerspruch .... allgemein zu lösen sein wird, steht dahin; es wird einmal grundsätzlich die Frage zu erörtern sein, ob an dem ‚Prinzip der absoluten Exklusivität des härtesten Strafgesetzes' (E. 6, 180, 183) festzuhalten, oder ob nicht wenigstens dann eine Ausnahme zu machen ist, wenn das Gesetz mit der härtesten Höchststrafe mit einem Gesetz zusammentrifft, das eine bedeutend höhere und schwerere Mindeststrafe als jenes festsetzt."

Man muß es bedauern, daß der vom RG gefundene Ausweg überhaupt möglich war[214]); es wäre zu begrüßen gewesen, wenn der Senat die Gelegenheit benützt hätte, die Frage sogleich „allgemein" zu lösen.

[212]) vgl. Schäfer, DJ 37, 1227 Anm.
[213]) die scharfe Kritik Schaffsteins JW 38, 1386 Nr. 1 Anm. ist daher berechtigt.
[214]) daß ihm Bedenken entgegenstehen, hebt Mezger in der Anm. JW 38, 1515 Nr. 4 hervor.

B. Einzelfälle.

I.

Der „Besondere Teil“ des StGB.

§ 14.

Diebstahlsdelikte.

I. Wegnahme einer eigenen Sache. § 242 StGB.

Diebstahl ist die Wegnahme einer fremden (beweglichen) Sache in rechtswidriger Zueignungsabsicht; eine eigene Sache kann man demnach nicht „stehlen“.

Dem Schöffengericht Lauenburg[1]) lag nun folgender Fall vor: Der Angeklagte hatte sein Kolonialwarengeschäft an die Z. verpachtet. Im Pachtvertrag hatte er sich das Eigentum an dem zum Preise von *RM* 4 000.— verkauften Warenlager bis zur völligen Bezahlung des Kaufpreises vorbehalten. Der Angeklagte öffnete nun zu einer Zeit, als der Eigentumsvorbehalt noch nicht erloschen war, wiederholt zur Nachtzeit den Laden und entwendete Waren von nicht unbeträchtlicher Menge und Wert.

Daß diese Tat nach gesundem Volksempfinden Strafe verdient, steht außer Zweifel. Es genügt nicht, daß sich an die Tat dem Angeklagten nachteilige zivilrechtliche Folgen knüpfen lassen, das Volksempfinden verlangt Bestrafung, umsomehr, als die Tat zur Nachtzeit und mittels eines Nachschlüssels, also nach Art eines Einbruchs, begangen wurde.

Der unmittelbaren Anwendung der §§ 242, 243 StGB steht entgegen, daß der Angeklagte nicht fremde, sondern eigene Sachen weggenommen hat; außerdem fehlt es an dem subjektiven Erfordernis rechtswidriger Zueignung, da man sich eigene Sachen nicht rechtswidrig zueignen wollen kann.

Auch § 289 StGB kann unmittelbar nicht angewendet werden. Zwar spricht diese Vorschrift — in der allein in Betracht kommenden ersten Alternative — von „eigenen“ Sachen des Täters, fordert auch nicht die Absicht rechtswidriger Zueignung, sondern nur eine rechtswidrige Absicht. Allein der Geschädigte gehörte in unserem Fall nicht zu dem in § 289 umschriebenen Kreis der Nutzungsberechtigten. Die Z. war weder Nutznießerin noch Pfandgläubigerin, ihr stand an den Sachen

[1]) SchGer. Lauenburg 1 Ls 24/36; LG Stolp 1 Ls N 24/36.

weder ein bloßes Gebrauchs- noch Zurückbehaltungsrecht zu. Ihr rechtliches Verhältnis zu den Sachen war das der Anwartschaft auf den Eigentumsübergang (§ 455 BGB). Durch den Vertrag war sie ermächtigt, über die zum Warenlager gehörigen Sachen im Rahmen des Geschäftsbetriebs zu verfügen; damit ging ihre Rechtsstellung erheblich über den Rahmen der im § 289 StGB genannten Rechte hinaus.

Das Gericht hatte nun die Wahl zwischen einer entsprechenden Anwendung der §§ 242, 243 oder des § 289 StGB. Es hat sich für den ersten Weg entschieden; mit Recht[2]).

Schon oben ist erwähnt, daß bei den besonderen Tatumständen die Tat ihrem Unrechtsgehalt nach dem Diebstahl näher steht als der Pfandkehr. Der Strafrahmen des § 289 und das Antragserfordernis werden ihm nicht im gleichen Maße gerecht wie die Strafdrohungen aus §§ 242, 243 StGB mit der Rückfallsmöglichkeit des § 244 StGB.

Die rechtliche Beziehung des Täters zu den von ihm, und die des Geschädigten zu den ihm entwendeten Sachen ist in § 242 eine andere als in § 289. Hier wird der Täter als Eigentümer aufgefaßt, der sich nur auf eine als vorübergehend gedachte Zeitdauer der tatsächlichen Verfügungsmacht oder des Gewahrsams an seinen Sachen begibt; der Geschädigte soll die Sachen nur eine gewisse Zeit in Gewahrsam oder Gebrauch nehmen, u. U. bleiben sie sogar im Besitz des Eigentümers[3]). Dort hat der Täter zu der Sache vor der Tat noch keine rechtliche Beziehung, sie ist eine „fremde"; der Eigentümer ist dagegen in jeder Hinsicht unbeschränkt. Im vorliegenden Fall hat sich der Täter durch den Verkauf der Sachen an die Z. seiner Verfügungsmacht in weiterem Maße entäußert, als es der Eigentümer im Falle des § 289 tut; seine rechtliche Beziehung zur Sache gleicht mehr der des Diebes. Wirtschaftlich gesehen, hat er sich seines Eigentums bereits völlig begeben, hat er doch keinen Einfluß mehr auf das rechtliche Schicksal der Sache, die jederzeit durch eine vom Käufer in Ausübung der ihm eingeräumten Rechtsmacht vorgenommene Veräußerung in das Eigentum anderer übergehen kann.

Demnach erscheint § 242 StGB im Sinne des § 2 Satz 2 als seinem Grundgedanken nach besser zutreffend. Eigentumsschutz bezweckt der § 242 nur insofern, als er die ausschließliche Herrschaftsmacht des Eigentümers, nicht das Recht als solches schützt; denn das Eigentumsrecht wird durch den Diebstahl nicht berührt: § 932 BGB. § 289 StGB andrerseits setzt, wie der Fall des Vermieterpfandrechtes zeigt, nicht notwendig Besitz des Verletzten voraus[4]).

Auch die auf der subjektiven Seite liegenden Schwierigkeiten der rechtsähnlichen Anwendung des § 242 lassen sich beheben. Unter „Zueignung" i. S. des § 242 kann nur eine wirtschaftliche, nicht eine rechtliche verstanden werden, da der Dieb rechtlich nicht Eigentümer der

---

[2]) anders Kohlrausch, § 2 VII 11 a; Mezger, ZAkDR 38, 119 b N. 11; zustimmend: Dalcke, § 242 Bem. 48.

[3]) Fall des Vermieterpfandrechts, E. 38, 174.

[4]) dies gegen Kohlrausch a. a. O.

gestohlenen Sache wird[5]). Zu einer Zueignung in diesem Sinn ist aber auch der Vorbehaltseigentümer imstande.

II. Qualifizierte Tatbestände.

Ein reiches Feld entsprechender Anwendung der Diebstahlsvorschriften hat sich in den Fällen der qualifizierten Tatbestände des § 243 StGB ergeben. Es sind bisher folgende Fälle bekannt geworden:

1. Der Angeklagte hatte eine Sammelbüchse — offenbar des WHW — aus einem Hause entwendet, sie außerhalb des Gebäudes erbrochen und das darin gefundene Geld an sich genommen. LG. Ulm, KLs 6/37.

2. Die Angeklagten entwendeten aus der Güterhalle des Bahnhofs eine Kiste, in der sie Lebensmittel vermuteten. Sie schafften die Kiste gemeinsam in den Keller eines der Mittäter und erbrachen sie dort. Die gefundenen Lebensmittel nahmen sie an sich. AG Traunstein Ds 41/36.

3. Der Angeklagte hatte ein auf offener Straße parkendes Auto gewaltsam erbrochen und verschiedene Gegenstände daraus entwendet. RG 3 D 529/36; 4 D 228/37.

4. Der Angeklagte entwendete aus einem Hausflur ein Fahrrad, indem er das Schloß, mit dem es an einem Fahrradständer angeschlossen war, gewaltsam aufbrach. SchGer. Lübeck 2 Ss 5/37.

5. Der Angeklagte hatte an Bord eines Dampfers seinem Kajütenkameraden aus einem verschlossenen Koffer unter Benützung eines falschen Schlüssels Geld gestohlen. AG Hamburg 84 Ds 2073/36; ähnlich: RG 4 D 667/35.

6. Die Angeklagten haben den an einer Brücke festliegenden Dampfer betreten, das Oberlichtfenster einer auf dem Hinterschiff befindlichen Kajüte aufgerissen und sind durch die Öffnung eingestiegen. Dort haben sie verschiedene Sachen entwendet. Luftwaffengericht VI Kiel StPLI 12 a — c/37.

7. Die Angeklagten hatten auf kleineren, nicht bewohnten Segel- und Motorsportbooten, die auf Gewässern in der Nähe Berlins lagen, Diebstähle verübt, indem sie teils aus den offenen Booten, teils nach Erbrechen verschlossener Kajüten, teils nach Einsteigen durch eingeschlagene Fenster, Luken oder offene Oberlichtfenster, einmal auch unter Erbrechen eines Kleiderschrankes im Innern einer Kajüte Sachen entwendeten. RG 2 D 647/36.

Daß alle diese Taten Diebstahl im Sinne des § 242 StGB sind, ist nicht zu bezweifeln; dadurch ist die Möglichkeit einer Bestrafung durch entsprechende Anwendung des qualifizierten Tatbestandes nicht ausgeschlossen[6]).

---

[5]) Olshausen § 242 N. 29; Frank, § 242 VII 2 a, E. 40, 12; 49, 142; 57, 199; Mezger, Lehrbuch, S. 84.

[6]) vgl. für das Verhältnis zwischen § 242 und § 243: Mezger, ZAkDR 37, 57, 311; Rietzsch, DJ 36, 1938; Schwarz, § 2 Bem. 3 C; § 243

Ist so der grundsätzliche Ausgangspunkt klar, insofern es wünschenswert erscheint, diese Fälle der Betätigung erhöhter verbrecherischer Intensität auch einer erhöhten Strafe zuführen zu können, so begegnet die Frage nach dem „Sitz der Sache"[7]), in einigen dieser Fälle größeren Schwierigkeiten, die vor allem in der vorliegenden Judikatur in Erscheinung getreten sind.

1. Verhältnismäßig einfach liegen die Fälle oben 1) und 2), das Erbrechen von Behältnissen außerhalb eines Gebäudes. Das LG Ulm hat die Bestrafung des Täters aus §§ 2, 243 Nr. 2 StGB abgelehnt, aber mit wenig stichhaltiger Begründung[8]). Es glaubt nämlich, es sei nicht ersichtlich, daß der Gesetzgeber bei Schaffung des § 243 Nr. 2 StGB an Fälle dieser Art nicht gedacht habe oder nicht habe denken können; es liege deshalb keine unbeabsichtigte Lücke vor. Dazu ist an dieser Stelle nichts weiter zu bemerken.

Das AG Traunstein vertritt die Ansicht, daß § 243 Nr. 2 StGB schon unmittelbar (durch Auslegung) Anwendung finden könne; der gleichen Ansicht ist offenbar auch Schäfer JW 37, 1801 Nr. 51 Anm.[9]). Dem kann man so weit folgen, als nach den besonderen Tatumständen das Erbrechen des Behältnisses noch als ein Mittel des Diebstahls angesehen werden kann; das und nur das folgt aus den Worten des Gesetzes. Der Gesetzeswortlaut setzt eine bestimmte Mittel-Zweckbeziehung zwischen Stehlen und Erbrechen voraus; wo der konkrete Fall nach seinen Umständen diese Beziehung enthält, kann § 243 Nr. 2 StGB unmittelbar angewendet werden, gleichgültig ob in- oder außerhalb des Hauses das Erbrechen stattfindet; das ist Tatfrage. Darüber hinaus wird man in den übrigen Fällen an eine entsprechende Anwendung des § 243 Nr. 2 nicht gehindert wird. Denn der Grundgedanke des Gesetzes ist nicht, wie Allfeld meint, daß der erhöhte Schutz gegen das Erbrechen von Behältnissen nur dann bestehen soll, wenn das Behältns sich zur Zeit des Erbrechens im Gebäude oder umschlossenen Raum befindet[10]) — das verlangt nicht einmal der Wortlaut, der nur von „mittels" Erbrechens spricht; der Grund, warum hier eine besonders schwere Strafe eintreten soll, liegt vielmehr darin, daß der Täter ein ihm vom Eigentümer der Sache ersichtlich geschaffenes Hindernis überwinden, also eine besondere verbrecherische Energie entwickeln muß, die ihn gefährlicher

---

Bem. 2 B und Cc; ZAkDR 36, 290, 291; GS 106, 249; Niethammer ZStrW 55, 756; Olshausen Nachtr. § 2 Bem. 2; Schäfer bei Dalcke 28. Aufl., Bem. 61 zu § 243; Schneider, DtRecht 37, 78; Becker GS 106, 442; DJ 37, 457, 459; Hubernagel, DJ 35, 1207; Zimmerl, Auslegung, S. 184, 185; Schäfer, JW 37, 1800 Nr. 50 Anm.; a. M. Allfeld GS 107, 309, 312. Eine Zusammenstellung der Rechtsprechung bringt Bepler, JW 38, 1553, 1564.

[7]) Mezger, ZAkDR 37, 57.

[8]) zustimmend: Goedel, DJ 38, 588 (I 11).

[9]) ablehnend: Goedel, DJ 38, 588 (I 12).

[10]) wie Allfeld auch Dohna, Mon. Krim 38, 190 ff.

erscheinen läßt als den, der eine fremde Sache nur eben wegnimmt. Daß die gesetzliche Ausgestaltung dieses Grundgedankens in dem sehr kasuistischen § 243 StGB nicht glücklich ist — er liegt nur den Nrn. 2 und 3, allenfalls noch Nr. 4 zugrunde[11]) —, dürfte allgemeine Meinung sein. Gerade zur Korrektur solcher mißglückten Gesetzesfassungen für den Einzelfall hat aber § 2 zu dienen[12]).

2. Andererseits beschränkt aber das Gesetz selbst diesen Grundgedanken auf ein paar besonders genannte Fälle; nur soweit diesen nach Unrechts- und Schuldgehalt ähnliche Tatumstände vorliegen, darf § 2 eingreifen[13]). Das ist der Betrachtung der Fälle des Diebstahls aus einem Kraftwagen — oben 3 — vorauszuschicken. Das RG hat in den erwähnten Entscheidungen die entsprechende Anwendung des § 243 Nr. 2 StGB auf den Diebstahl aus einem Kraftwagen abgelehnt, in beiden Fällen aber § 243 Nr. 4 StGB unmittelbar angewendet. Die Gründe, mit denen das RG die analoge Anwendung ablehnte, sind durchschlagend[14]).

Man darf in diesen Fällen nicht davon ausgehen, wie es häufig geschieht, ob das Auto als ein „umschlossener Raum" angesehen werden kann. Der natürlichen Betrachtung erscheint die Bejahung dieser Frage selbstverständlich, sofern es sich nicht um einen offenen Wagen handelt. Es ist damit aber noch nicht gesagt, ob das Auto auch ein „umschlossener Raum" i. S. des § 243 Nr. 2 oder 3 StGB ist; das ist Auslegungsfrage[15]). Soweit aber § 2 in Frage steht, muß auch das Ergebnis solcher Auslegung beachtet werden[16]). Man würde dem Grundgedanken des Gesetzes ersichtlich zuwiderhandeln, wenn man den § 243 Nr. 2 auf jedes „Behältnis", auf jeden „umschlossenen Raum" ausdehnen wollte. Wenn das Gesetz ein „Gebäude" von einem „umschlossenen Raum", dann noch von einem „Behältnis" (Nr. 3) und von einem „zu einem bewohnten Gebäude gehörigen umschlossenen Raum" (Nr. 7) und von einem „Schiff" (Nr. 7), ja sogar die „Gebäude" in Nr. 2, 3 von den „Gebäuden jeder Art" (Nr. 7) unterscheidet, so mag das gewiß ein unerfreuliches Spiel mit Begriffen sein; aber das Gesetz selbst enthält nun einmal diese Unterscheidungen und in gewissem Rahmen ist der Richter daran gebunden. Die Verästelungen des § 243 deuten darauf hin, daß dem Gesetz nicht ein allgemeiner Grundgedanke zugrunde liegt, sondern eine Reihe einzelner Gedanken, die in den verschiedenen Bestimmungen ihren Ausdruck finden. Soweit dieser jeweilige engere Grundgedanke reicht, steht einer Anwendung auf Grund des § 2 nichts im Wege; nicht zulässig würde aber die Erweiterung dieser Grundgedanken zu einem

---

[11]) so auch Schäfer, JW 37, 3216 Nr. 6 Anm.

[12]) im Ergebnis ebenso: Schwarz, ZAkDR 36, 119; Schmauser, ZWehrR 36, 209, 211; vgl. auch Siegert, JW 35, 891: Es kommt also auf den konkreten Fall an: insoweit ist Dohna beizustimmen.

[13]) Schäfer a. a. O.

[14]) Mezger, ZAkDR 37, 57 und 311; 38, 119; ZStrW 57, 675, 681.

[15]) Kirchner, Olshausen Nachtr. Bem. 63 a zu § 243; Niethammer, ZStrW 55, 756.

[16]) Mezger, ZAkDR 37, 311; anders Dalcke, § 243 Bem. 58.

allgemeinen sein. Deshalb ist auch die Entscheidung des Schöffengerichts Lübeck abzulehnen[17]).

Dazu kommt für Fälle der vorliegenden Art noch, daß wohl auch das gesunde Volksempfinden eine Gleichstellung dieser Fälle mit denen des § 243 Nr. 2 StGB nicht verlangt[18]).

Es würde daher auch in den Fällen, welche eine unmittelbare Anwendung des § 243 Nr. 4 StGB für einen Diebstahl aus Kraftwagen nicht zulassen, eine entsprechende Anwendung nicht des § 243 Nr. 2, sondern eher eine solche des § 243 Nr. 4 StGB in Erwägung zu ziehen sei[19]).

3. Eine weniger befriedigende Lösung haben in der Rechtsprechung die Fälle des Diebstahls aus Schiffen gefunden (oben 5, 6, 7). Das RG hat sowohl in 4 D 667/35 wie in 2 D 647/36 die unmittelbare oder entsprechende Anwendung einer der Strafbestimmungen des § 243 abgelehnt und die Täter jeweils offenbar nur aus § 242 bestraft.

Die Instanzgerichte sind dem nicht gefolgt. So will das AG Hamburg den § 243 Nr. 2 StGB unmittelbar im Wege ausdehnender Auslegung anwenden[20]). Das dürfte nicht möglich sein; denn es ist eine nicht wegzustreitende Tatsache, daß die Gleichstellung von Schiffen und Gebäuden nur in § 243 Nr. 7 StGB erfolgt ist. Es ist nicht anzunehmen, daß das auf einem Versehen des Gesetzgebers beruhe (vgl. §§ 305, 306 StGB). Daran ist der Richter gebunden, selbst wenn für diese gesetzliche Regelung kein innerer Grund ersichtlich ist.

Darüber hinaus ist aber dem RG — entgegen der im Schrifttum geäußerten Kritik[21]) — zuzustimmen, wenn es eine entsprechende Anwendung des § 243 Nr. 2 StGB auf den Diebstahl aus Schiffen ablehnt. Auch hier ist die Unterscheidung zwischen „Gebäude" und „umschlossener Raum" unmittelbar aus dem Gesetz zu entnehmen. Solange das Gesetz in dieser Weise unterscheidet, kann der Richter auch nicht nach § 2 StGB, geschweige durch Auslegung, das Gesetz korrigieren.

Damit sind aber die Fälle noch nicht gelöst. Denn zum mindesten in dem „Kriegsschiff-Falle" des RG 4 D 667/35, im Falle des AG Hamburg sowie des Luftwaffengerichts VI handelte es sich um bewohnte Schiffe. Diese werden wenigstens in § 243 Nr. 7 bewohnten Gebäuden gleichgestellt. Ein innerer Grund für diese Beschränkung der Gleichstellung auf die Fälle des § 243 Nr. 7 besteht nicht. Wir würden daher unter entsprechender Anwendung des § 243 Nr. 7 Satz 2 nicht nur dort die Strafe des erschwerten Diebstahls eintreten lassen, wo der Diebstahl zur Nachtzeit und nach Einschleichen des Täters in diebischer Absicht usw.

---

17) ebenso mit eingehender Begründung Schäfer, JW 37, 3216 Nr. 6 Anm.
18) Mezger, ZAkDR 37, 57, 58; vgl. Dohna, Mon. Krim 38, 190 ff.
19) Mezger. ZAkDR 37, 311; ZStrW 57, 675, 681; Schäfer, JW 37, 1800 m. Nachw.; JW 37, 3216 Nr. 6 Anm.
20) ähnlich SchGer. Duisburg 5 Ms 51/35 (202/35).
21) Rietzsch, DJ 36, 1938; Krug, DJ 35, 1179; Schneider, Dt Recht 37, 78; Brandt, Die Yacht Nr. 31 v. 31. 7. 37, vgl. DJ 37, 1508; Schmauser, ZWehrR 36, 209 ff.; Dalcke, § 243 Bem. 61.

(§ 243 Nr. 7) erfolgte, sondern auch dort, wo er „mittels Einbruchs, Einsteigens oder Erbrechens von Behältnissen" (Nr. 2) oder dadurch bewirkt wird, daß zur Eröffnung des (bewohnten) Schiffes usw. falsche Schlüssel angewendet werden (Nr. 3). Sitz der Sache scheint uns also in solchen Fällen nicht oder wenigstens nicht allein § 243 Nr. 2 oder Nr. 3, sondern § 243 Nr. 7 Satz 2; letztere Bestimmung wird entsprechend auf die Fälle des § 243 Nr. 2 und 3 angewendet.

Damit ist freilich der „Sportboote" — Fall des RG 2 D 647/36 noch nicht erledigt. Denn dort stehen nicht bewohnte Schiffe, sondern kleinere Segel- und Motorboote in Rede. Hier treffen obige Erwägungen zu den Kraftwagendiebstählen zu. Es scheidet sowohl eine unmittelbare wie eine mittelbare Anwendung des § 243 Nr. 2 wie Nr. 3 hier aus, indessen dürfte auch hier der Weg über § 243 Nr. 4 gangbar sein. Nach dem mitgeteilten Sachverhalt lagen die Boote auf Gewässern in der Nähe Berlins, also auf einer Wasserstraße; das Erbrechen der Kajüte, Einschlagen der Fenster, Aufbrechen des Kleiderschrankes wird man dem „Aufschneiden oder Ablösen der Verwahrungsmittel" gleichstellen können; und schließlich dürfte es sich bei allen aus den Booten entwendeten Gegenständen um „Reisegepäck oder Gegenstände der Beförderung" gehandelt haben.

§ 15.

Hehlerei und Begünstigung.

I. Ersatzhehlerei.

Die Wortfassung des § 259 StGB wird seit jeher auch von der Rechtsprechung als unglücklich empfunden. Sie führte dazu, daß in sehr vielen Fällen Handlungen, die als strafwürdig erkannt waren, nicht der Bestrafung zugeführt werden konnten[22]). Die Rechtsprechung und ihr folgend der größte Teil der Rechtslehre[23]) sahen den Grundgedanken des § 259 StGB in der Aufrechterhaltung des durch die strafbare Vortat geschaffenen, dem Verletzten zugefügten Nachteils, in E. 26, 317 dahin ausgedrückt: in der „Kontinuität der diebischen und hehlerischen Rechtsverletzung dem bestohlenen, sein gestohlenes Gut verfolgenden Eigentümer gegenüber"[24]).

Gegen die ältere Rechtsprechung mögen Bedenken auch vom alten Rechtszustand her möglich sein; man wird aber nicht leugnen können, daß § 259 StGB in der Tat nicht die Möglichkeit einer Bestrafung in unmittelbarer Anwendung gewährte. Die durch die strafbare Handlung erlangte Sache hatte der Täter der Vortat bereits weggegeben, der „Hehler" bekam eine ganz andere Sache. War diese nicht selbst wieder

---

[22]) vgl. die Beispiele bei Schwarz, ZAkDR 36, 289 ff.

[23]) vgl. Kohlrausch bei Gürtner II S. 498 ff.

[24]) vgl. auch GA 77, 286: es sei davon auszugehen, daß die Hehlerei in der Aufrechterhaltung der vom Täter verursachten Rechtsverletzung bestehe.

durch eine strafbare Handlung erlangt, so sind die Voraussetzungen des § 259 StGB nicht erfüllt.

Unter der Geltung des § 2 n. F. hat die Rechtsprechung die Möglichkeit bekommen, die schon immer als strafwürdig empfundenen Fälle dieser sog. Ersatzhehlerei zu bestrafen. Das höchste deutsche Gericht hatte zwar noch nicht Gelegenheit, sich unmittelbar mit der Frage zu befassen, es liegen aber mehrfach Entscheidungen der Tatgerichte und eines Revisionsgerichts vor: AG Strausberg 4 D Ls 5/35; AG Braunschweig 25 Ds 32/36; LG Chemnitz 3 Ns 2/37; AG Mücheln 3 Ds 2/37; AG Radebeul 3 Ds 19/37; SchGer. Aachen 7 Ms 83/36; OLG Dresden 21 Ws 146/37[25]).

Dem vom AG Strausberg entschiedenen Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde: der Angeklagte hatte einer Frau eine Handtasche gestohlen und von dem daraus entnommenen Geld Genußmittel gekauft, welche er zusammen mit dem Angeklagten B. verbrauchte. B. kannte den Sachverhalt. Eine unmittelbare Anwendung des § 259 StGB kam nicht in Betracht: die Genußmittel waren nicht die durch den Diebstahl erlangten Sachen, sie waren vielmehr gekauft worden; der Kauf selbst war keine strafbare Handlung. Das Gericht griff daher zur entsprechenden Anwendung nach § 2 StGB, ohne allerdings zu erkennen, daß der von ihm zugrunde gelegte Grundgedanke des Gesetzes im Sinne der bisherigen Lehre dazu nicht geeignet war[26]). Taten wie die vorliegende tragen nicht dazu bei, die Entziehung des gestohlenen Gutes aus der Verfügungsmacht des Bestohlenen fortzusetzen und zu verlängern.

Der Fall des AG Braunschweig lag ähnlich: Hier hatte L. eine Sparbüchse gestohlen, sie in Gegenwart des S., der sie als gestohlen erkannte, entleert; beide hatten das entnommene Geld gemeinsam verbraucht. Das AG Braunschweig sieht den Grundgedanken des § 259 darin, daß der Täter an den Früchten der Vortat teilnimmt, und von diesem Standpunkt aus läßt sich die entsprechende Anwendung des § 259 auf solche Fälle allein begründen[27]). Das sagt auch das LG Chemnitz[28]), wenn es den Grund für die Bestrafung in der „unsittlichen und unmoralischen Teilnahme an dem Erlös der Vortat“ erblickt. Eine entschiedene Abwendung von der bisher h. M. über den Grundgedanken des § 259 StGB vollzieht die Entscheidung des AG Mücheln, wenn es ausführt: „§ 259 StGB soll ebenso wie die Strafbestimmungen über Diebstahl, Unterschlagung, Raub, dazu dienen, die Volksgemeinschaft und den einzelnen Volksgenossen in ihrem Eigentum zu schützen .... Die Hehlerei wird hauptsächlich deshalb bestraft, weil sie den Vortäter im besonderen Maße anreizt, weitere strafbare Handlungen gegen das Eigentum zu begehen, wenn er weiß, daß er das gestohlene Gut ver-

---

[25]) Die Rechtsprechung ist zusammengestellt bei Bepler, JW 38, 1553, 1565.
[26]) Schäfer, JW 36, 1230 Anm.; vgl. auch Rejewski, S. 62 ff.
[27]) vgl. Schäfer, JW 36, 3014 Anm.
[28]) dazu Anm. Schäfer, JW 37, 1167.

werten kann". Ohne nähere Begründung vertritt auch das SchGer. Aachen diese Ansicht.

Die neue Rechtsprechung hat im Schrifttum Beifall gefunden[29]), es wurden aber auch Bedenken laut[30]). Die Entscheidung der Frage hängt davon ab, worin der Grundgedanke des § 259 StGB zu erblicken ist. Dabei ist wieder davon auszugehen, daß nur ein Grundgedanke in Betracht kommt, der im Gesetz selbst sichtbar geworden ist. Erwägungen und Überlegungen des Gesetzgebers binden nicht, wenn sie nicht im Gesetz selbst eindeutigen Ausdruck gefunden haben. Es kann deshalb nicht maßgebend sein, warum der frühere Gesetzgeber dem § 259 StGB diese und keine andere Fassung gegeben hat; andererseits zwingt aber auch nicht der Umstand, daß der neue Gesetzgeber eine eigene Vorschrift über „Ersatzhehlerei" schaffen will, von vornherein zur Resignation. Er zeigt uns höchstens, daß die Strafwürdigkeit der Ersatzhehlerei nicht bezweifelt werden kann.

Der § 259 StGB steht im Zusammenhang mit den Strafvorschriften über „Begünstigung und Hehlerei". Er unterscheidet sich von der Personenhehlerei dadurch, daß dort der Täter im Interesse des Vortäters (wenn auch „seines Vorteils wegen" § 258 StGB), hier aber im eigenen Interesse handelt[31]). Wer die durch die Vortat erlangten Sachen lediglich deshalb an sich nimmt, um den Vortäter zu decken, um sie aufzubewahren, damit sie bei jenem nicht gefunden werden, und aus ähnlichen Gründen, ist nicht Hehler i. S. des § 259 StGB. Die bisher h. M. hat das Delikt des § 259 immer getrennt von dieser seiner Verbindung mit der Begünstigung behandelt[32]), und hat außer Acht gelassen, daß die Hehlerei nichts ist als eine besondere Form der Begünstigung[33]). Sie hat daher auch bei der Bestimmung des Grundgedankens des § 259 StGB nicht den Charakter der Begünstigungsdelikte als tatbestandlich typisierter Teilnahmefälle zugrunde gelegt. Dabei weist auf diese Folgerungen schon der § 257 III StGB hin, wonach die Begünstigung als Beihilfe zu bestrafen ist, wenn sie vor Begehung der Vortat zugesagt wurde. Mit dieser Vorschrift hat das Gesetz selbst die Begünstigung nahe an die Teilnahme im eigentlich technischen Sinn herangerückt. Es steht im geltenden StGB nichts entgegen, den Grundgedanken des Hehlereitatbestandes in der Teilnahme an der Vortat, oder, wenn man lieber will, in der Beteiligung an einem verwerflichen Gewinn zu er-

---

[29]) Hubernagel, DJZ 35, 1203 unter 7; Schwarz, ZAkDR 36, 118 f., 289 f.; GS 106, 246; Gleispach, ZAkDR 36, 276; Becker GS 106, 440; DJ 37, 457; Rietzsch, DJ 37, 1755; Dalcke, § 259 Bem. 26; Mezger, ZAkDR 38, 119; ZStrW 57, 675, 681; Goedel, DJ 38, 588 (I 5, 9, 13); vgl. Siegert, JW 35, 891.

[30]) Allfeld GS 107, 313; Zimmerl, Auslegung, S. 176; Kohlrausch bei Gürtner II 509 f. StGB, 32. Aufl., § 2 IV 2; 33. Aufl., § 2 VII 13; § 259 Bem. 4.

[31]) Frank, § 259 I.

[32]) vgl. v. Bar, § 421, S. 806.

[33]) v. Bar, S. 804.

blicken, und es zwingt nichts zu der von der bisher h. M. zugrunde gelegten Auffassung[34]).

Das bedarf kurz der näheren Begründung. Der gegen die sog. Teilnahmetheorie vorgebrachte Einwand, daß der Hehler zur Vortat nichts beitrage, und das Setzen mindestens einer Bedingung Voraussetzung für jede Art der Teilnahme sei, ist nicht durchschlagend. Er trifft zu für die Fälle der echten Teilnahme im Sinne der §§ 47 ff. StGB; der Gesetzgeber ist aber nicht gehindert, andere Fälle einer Teilnahme unter eine besondere Strafdrohung zu stellen, in Form eines besonderen Tatbestandes zu typisieren. Wenn wir also in der Hehlerei eine Beteiligung an der Vortat erblicken, so nicht im Sinne der Teilnahmevorschriften des StGB, sondern in einem weiteren Sinne. Der gegen die zweite Form der Teilnahmetheorie — „Beteiligung an verwerflichem Gewinn" — vorgebrachte Einwand, sie lasse jede Bestimmtheit des Rechtsguts vermissen und sei eine Gesinnungsstrafe ohne objektiven Tatbestand, läßt sich mit dem Hinweis auf § 181 a StGB, für welchen sich auch ein „Rechtsgut" kaum feststellen läßt, widerlegen[35]).

Auch § 259 StGB steht unserer Auslegung nicht entgegen. Die Erwägung Allfelds, die vom Gesetz aufgestellten Mittel der Hehlerei — „verheimlicht, ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst an sich bringt oder zu deren Absatze bei anderen mitwirkt" — seien der Beweis dafür, daß auch das Gesetz selbst unter Hehlerei eine Festigung oder Verlängerung der durch die Vortat geschaffenen widerrechtlichen Vermögenslage verstehe[36]), erscheint nicht unbedingt zwingend. Die Aufzählung dieser Ausführungsformen der Hehlerei kann wohl auch als nähere Umschreibung der Art und Weise, wie die Teilnahme an einer schon vollendeten Tat begangen werden kann, aufgefaßt werden. Die Aufzählung gibt dann zu erkennen, daß nicht jede Art der Unterstützung des Vortäters — sofern sie zum Vorteil des Unterstützenden geschieht — nach § 259 StGB bestraft werden soll, sondern nur eine den einzelnen Teilhandlungen entsprechende oder ihnen gleich zu bewertende[37]).

Das vom RG in E. 26, 317 hervorgehobene Bedenken der Unbegrenztheit dieses Hehlereibegriffs ist freilich zu beachten. Der künftige Gesetzgeber will ihm durch eine vorsichtige Fassung begegnen. Unter dem heutigen Rechtszustand wird in den meisten Fällen das Schulderfordernis Abhilfe schaffen, schließlich fordert auch das gesunde Volksempfinden nicht in allen Fällen Bestrafung[38]).

---

[34]) eingehend, zum Teil im hier vertretenen Sinn: v. Bar, S. 575 ff., S. 795 ff.; Binding, Normen, S. 1081 ff.; dazu Kohlrausch bei Gürtner II, S. 498 ff.; Mezger, ZAkDR 38, 163.

[35]) Kohlrausch bei Gürtner a. a. O., so auch OLG Dresden.

[36]) der Gedanke findet sich schon bei Binding, Normen II 2, S. 1103.

[37]) vgl. Mezger, ZAkDR 38, 163/164 unter Hinweis auf Beling, VDB VII, 69.

[38]) vgl. in dieser Hinsicht RG 1 D 1100/36: „Ein solcher Mitgenuß eines Überflusses an strafbar erworbenen Sachen verdient nach gesundem Volksempfinden Bestrafung". Ferner vgl. Mezger, ZAkDR 38, 164. Die im Text sogleich zu erwähnende 4 D 1015/37 bringt Hinweise für die Abgrenzung.

Das RG hat sich auf den Standpunkt der hier vertretenen Auffassung gestellt. Zunächst hatte es in der Entscheidung 3 D 670/36 (E. 70, 377) noch beiläufig geheißen: „Das Wesen der Hehlerei besteht in der Aufrechterhaltung einer rechtswidrigen Vermögenslage". In dem Urteil des 1. Senats 1 D 1100/36 (E. 71, 341) war die Frage noch offen geblieben, dem Instanzgericht aber zur Prüfung anheimgestellt worden. Auch hier erklärte das RG aber wieder, nach dem Grundgedanken des § 259 StGB solle eine Strafe dafür eintreten, daß jemand aus Eigennutz zum Nachteil des Geschädigten einen rechtswidrigen Zustand aufrechterhalte oder gar verschlimmere, der durch eine vorhergehende strafbare Tat eines anderen herbeigeführt worden sei[39]).

Das entscheidende Wort sprach der 4. Senat in 4 D 1015/37 (E. 72, 146). Hier hatten die Angeklagten Geld angenommen, das aus dem Verkauf veruntreuter Versicherungsmarken erlöst worden war, ferner Geschenke, die mit solchem Geld angeschafft worden waren. Eine Angeklagte ließ sich auch die Wohnungsmiete mit solchem Geld durch den Vortäter zahlen. Das RG meint, der Grundgedanke des § 259 StGB sei die eigennützige Aufrechterhaltung eines durch eine strafbare Handlung geschaffenen rechtswidrigen Vermögenszustandes. Die Ersatzsache trete nach natürlicher Auffassung und ausdrücklicher Rechtsregel (§§ 823, 249, 281, evtl. 816 BGB) an die Stelle der durch die strafbare Handlung erlangten Sache. Wer die Ersatzsache an sich bringe, trage dazu bei, eine rechtswidrige Vermögenslage aufrechtzuerhalten.

Nun hatte die bisherige Lehre und Rechtsprechung das Wesen der Hehlerei nicht in der Aufrechterhaltung der zugunsten des Diebes geschaffenen Vermögenslage gesehen, sondern in der Aufrechterhaltung des dem Bestohlenen zugefügten Nachteils[40]). Dieser Grundgedanke muß aber aufgegeben werden, wenn man die Ersatzhehlerei erfassen will. Schon früher zeigten sich in der Rechtsprechung hierzu Ansätze; so ließ es das RG (E. 30, 401; 54, 124) genügen, daß der „Hehler" die gestohlene Sache dem arglosen Bestohlenen verkaufte, und sah darin ein Mitwirken zum Absatz bei anderen. E. 54, 124 sagt dazu: „Wennschon die Hehlerei regelmäßig tatsächlich die Aufrechterhaltung des widerrechtlichen Vermögenszustandes und eine Hinderung der Rückkehr der Sache zu ihrem Eigentümer bedeutet, so gehört das nicht zu den Tatbestandsmerkmalen des § 259 StGB. Wenn daher eine im übrigen diese Tatbestandsmerkmale erfüllende Handlung im Einzelfalle nicht die Folge hat, daß die Sache dem Eigentümer weiter vorenthalten oder die Wiedererlangung erschwert wird, so kann das nur insofern von Erheblichkeit sein, als hierdurch die Rechtswidrigkeit der Tat ausgeschlossen wird". Folgerecht hätte das RG die Anwendung des § 259 hier überhaupt nicht in Erwägung ziehen sollen, denn die Tat fügt dem Bestohlenen keinen weiteren Schaden zu[41]); in der Entscheidung

---

[39]) dazu näher K. Schäfer, JW 37, 3299 Nr. 2 Anm.; Gallas, ZAkDR 38, 28 Anm.

[40]) vgl. Schäfer, JW 36, 1230 Anm.; oben N. 24.

[41]) so Frank, § 259 Bem. IV 3; Olshausen § 259 Bem. 14.

liegt daher eine Abkehr von der sonst vertretenen Auffassung über den Grundgedanken des § 259 StGB.

Eine schärfere Fassung der Begründung wäre daher der im Ergebnis zweifellos zutreffenden Rechtsprechung des RG zu wünschen[42]). Der Grundgedanke des § 259 StGB wird eben dadurch entscheidend beeinflußt, daß — wie schon aus dem Wortlaut ersichtlich — der Täter „seines Vorteils wegen" gehandelt haben muß. Daß dieses subjektive Tatbestandsmerkmal bei der Bestimmung des Grundgedankens dieser und der analogen Vorschrift des § 403 RAbgO nicht außer Acht gelassen werden darf, betont an anderer Stelle das RG selbst in 1 D 954/37 (JW 38, 1241 Nr. 4). Ist es aber so, dann ist der eigentliche Tatbestandskern, der Grundgedanke des § 259 StGB eben die „Teilnahme an dem Erfolg der Vortat", die „Beteiligung an einem verwerflichen Gewinn" oder die „Ausbeutung strafbaren Erwerbs"[43]) und von diesem Grundgedanken aus macht die Erfassung der Fälle der Ersatzhehlerei keine Schwierigkeit mehr.

Eine Folgerung hieraus ist dann, daß an „Ersatzsachen" auch ein „Mitwirken zum Absatz bei anderen" möglich ist. Das Urteil 1 D 25/38 (E. 72, 87) hatte in Anweisungen zur Verwendung des (erschwindelten) Geldes in unmittelbarer Gesetzesanwendung ein „Mitwirken zum Absatz" gesehen. Geschieht solches Mitwirken an einer Ersatzsache, so steht der entsprechenden Anwendung des § 259 StGB nichts im Wege. Das spricht denn auch 4 D 1015/37 ausdrücklich aus.

II. Mitgenuß strafbar erworbener Sachen.

Die oben erwähnten instanzgerichtlichen Urteile befassen sich nicht mit einem Problem, das dem mitgeteilten Sachverhalt nach in diesen Fällen an sich zu lösen war. Rechtsprechung und Rechtslehre[44]) hatten bisher verlangt, daß der Hehler an der gehehlten Sache eigene Verfügungsgewalt erlangte; daher erfüllte der bloße Mitgenuß gestohlener Sachen nicht den Hehlereitatbestand. In der Entscheidung 1 D 1100/36[45]) lag der Fall so, daß die beiden angeklagten Ehefrauen von ihren Ehemännern gestohlene Lebensmittel verbraucht hatten, ohne daß sie aber eigene Verfügungsgewalt daran erlangten. Die Strafkammer hatte in entsprechender Anwendung des § 259 StGB verurteilt. Das RG billigte

---

[42]) so auch Mezger, ZAkDR 38, 384 Anm.

[43]) Mezger, ZAkDR 38, 163.

[44]) vgl. Frank, § 259 IV 2; Leipz. Komm. § 259 Bem. 3 b; Olshausen, § 259 Bem. 10 a; Kohlrausch, § 259 Bem. 5 b; Schwarz, § 259 Bem. 3 B b; E. 9, 199; 39, 308, 365; 63, 38; 64, 326.

[45]) Das Urteil ist übrigens auch deshalb bemerkenswert, weil es für zulässig und geboten hält, im Einzelfalle wahlweise auf Grund unmittelbarer oder entsprechender Anwendung eines Strafgesetzes nach § 2 b StGB Strafe zu verhängen. Dieser Gedanke ist, soweit wir sehen, hier zum ersten Mal vom RG ausgesprochen; dazu Gallas, ZAkDR 38, 28 Anm.; Zeiler, JW 38, 150. Daß es sich freilich im entschiedenen Fall nicht um „Wahlfeststellung" handelte, ist oben § 1 II dargetan.

die Verurteilung, da sie dem gesunden Volksempfinden und dem Grundgedanken des Gesetzes entspreche.

Wir möchten das Ergebnis billigen[46]), können aber die Anwendung des § 2 StGB nicht für notwendig halten. Das von der Rechtsprechung aufgestellte Erfordernis der eigenen Verfügungsgewalt des Hehlers an der gestohlenen Sache beruhte auf Auslegung des Begriffs „ansichbringen", der vom Gesetz selbst nicht näher erläutert wird. Es steht nichts entgegen, diese Auslegung zu ändern. Auch wenn das „an sich bringt" nur der Oberbegriff des „ankauft" und „zum Pfande nimmt" ist[47]), ergibt sich das erwähnte Erfordernis nicht mit unbedingter Folgerichtigkeit. Wenn das RG in 3 D 784/35 den Tatbestand der Hehlerei schon durch den Erwerb des Pfandscheins über die vom Diebe verpfändete Sache als erfüllt ansieht, und zwar für eine vor dem Inkrafttreten des § 2 n. F. begangene Tat, so ist das — entgegen der vom RG gegebenen Begründung — nur daraus zu erklären, daß die frühere Auslegung aufgegeben und durch eine neue, weniger enge Auslegung ersetzt ist[48]).

III. Hehlerei als Vermögensdelikt.

In dem schon erwähnten Falle 3 D 670/36 hatte der Angeklagte Butter aufgekauft, welche die Bauern unter — strafbarer — Verletzung ihrer Pflicht zur Milchablieferung hergestellt hatten. Das Erstgericht hatte freigesprochen. Das RG billigt den Freispruch auch unter dem Gesichtspunkt des § 259 StGB. Es sagt, das Tatbestandsmerkmal des § 259, daß der Vortäter den Tatgegenstand durch eine strafbare Handlung erlangt haben muß, dürfe nicht nach der Richtung ausgedehnt werden, daß darunter auch Gegenstände fallen, die der Vortäter durch Umarbeitung einer eigenen Sache mittels einer strafbaren Handlung hervorgebracht hat. Die Richtung gegen fremdes Vermögen gehöre zu den (!) Grundgedanken des § 259 StGB.

Daß auf die fragliche Tat § 259 nicht unmittelbar anwendbar war, ist sicher; denn die Bauern hatten die Butter nicht „mittels" einer strafbaren Handlung (Nichtabliefern der Milch) „erlangt", sondern nur „hervorgebracht". Die entsprechende Anwendung des § 259 scheiterte daran, daß auch nach der hier vertretenen Auffassung (Teilnahmetheorie) der Charakter des Delikts als eines Vermögensdelikts nicht verloren geht[49]). Ein Anhaltspunkt ist der § 258 StGB, wonach der Begünstiger, wenn er eigennützig handelt, „als Hehler" bestraft wird, so-

---

[46]) ebenso Dalcke, § 259 Bem. 30; Schwarz, GS 110, 369, 383; Mezger, ZAkDR 38, 116, 119, 163; Goedel, DJ 38, 593 (V 6). RG 4 D 1015/37: Auch Mitgenuß an Ersatzsachen ist Hehlerei.

[47]) GA 69, 107; dazu Rilk, JW 36, 730; ferner: 6 D 43/35, mit eingehender Anm. v. Henkel in DJ 35, 1736.

[48]) Bisher war vorausgesetzt gleichzeitiger oder nachfolgender Besitzerwerb an der Pfandsache selbst: E. 23, 27; Olshausen § 259 Bem. 10 b m. Nachw.

[49]) v. Bar, § 420, S. 801, § 421, S. 803, 807.

fern die Vortat ein Vermögensdelikt war. Darnach ist Hehler, wer zu einem Vermögensdelikt (nachträglich) Beihilfe leistet. Dieser aus § 258 StGB zu entnehmende Hehlerbegriff liegt auch dem § 259 StGB zu Grunde. Der Hehlereitatbestand trägt sonach den Charakter eines Vermögensdelikts in dem Sinne, daß die strafbare Vortat fremde Vermögensrechte verletzen mußte. Daß die Hehlerhandlung sich gegen das gleiche Rechtsgut, gegen das verletzte Vermögen, richte, ist aber nach unserer Auffassung nicht erforderlich. Sie braucht kein erneuter Angriff, keine Vertiefung des Schadens zu sein. Angriffsobjekt ist die Vermögensordnung als Ganzes, nicht ein bestimmtes Vermögen[50]). Der Vermögenscharakter der Hehlerei ist ein sog. „ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal“, das aus dem Sinn der Bestimmung zu ermitteln ist[51]).

IV. Einen nicht alltäglichen Fall der Hehlerei behandelt RG 5 D 438/37[52]). P hatte durch Betrug gegenüber S die Zusage einer Provision für die Beschaffung eines Auftrags erhalten. B erteilte für eine Vereinigung den Auftrag an S, ließ sich aber von P einen Anteil an dessen Provision versprechen. Nach Beendigung des Auftrags ließ B durch P den Rechnungsbetrag vom Konto der Vereinigung abholen, behielt seinen Provisionsanteil für sich und händigte den Rest des Geldes an P aus, wovon dieser seinen Provisionsteil behielt.

Hier war die von dem Bankguthaben ausgezahlte Rechnungssumme nicht durch eine strafbare Handlung erlangt, denn der Auftrag war durch S ordnungsgemäß ausgeführt worden, diesem fiel eine strafbare Handlung nicht zur Last. Wenn B einen Teil davon als seine Provision zurückhielt, so war auch dieser nicht durch strafbare Handlung erlangt: diesem Geld haftete — i. S. der früheren Rechtsprechung — der Mangel fehlerhaften Erwerbs nicht an. Zutreffend folgert aber das RG: hätte zunächst S sich den ganzen Betrag geben lassen und dann an P die Provision ausbezahlt, so wäre diese durch die Straftat des P — dem Betrug — erlangt gewesen und B hätte, wenn er von P seinen Anteil entgegennahm, Hehlerei begangen. Es würde dem gesunden Volksempfinden widersprechen, wenn die Tat deshalb straflos bleiben sollte, weil die beiden Täter es verstanden, die Abrechnung so zu gestalten, daß der gesetzliche Tatbestand der Hehlerei seinem Wortlaute nach nicht erfüllt wurde.

V. Begünstigung. § 257 StGB.

Den schon erwähnten Fall des Butterankaufs, 3 D 670/36, hat das RG auch nach der Richtung untersucht, ob der Angeklagte der Begünstigung schuldig war. RG hat das verneint in der Erwägung, das eigentliche Wesen der Begünstigung sei der Zweck, den Vortäter zu

---

[50]) Kohlrausch bei Gürtner II a. a. O.

[51]) Mezger, Lehrbuch, § 26 I a. E. und in N. 3; Leitfaden, S. 88; ZAkDR 38, 164.

[52]) dazu Schäfer, JW 37, 3299 Nr. 2 Anm.

unterstützen. Die Absicht des Täters müsse dahin gehen, eine fremde Tat zu unterstützen, nur diese Absicht sei strafbar. Aus dem gleichen Grund hat das RG auch in 1 D 642/37 die unmittelbare und die entsprechende Anwendung des § 257 abgelehnt, wenn der Täter nur das Bewußtsein (= Vorsatz), nicht aber die Absicht hatte, den Haupttäter zu unterstützen. Dieser Entscheidung muß zugestimmt werden[53]).

§ 16.

Betrug.

Der gesetzliche Tatbestand des Betrugs, § 263 StGB, enthält in nicht weniger als 3 seiner 5 Tatbestandsmerkmale die Beziehung auf das Vermögen: er verlangt eine Vermögensverfügung des Getäuschten, einen Vermögensschaden bei ihm und eine Vermögensvorteils-Absicht beim Täter. Das Delikt des Betrugs kennzeichnet sich dadurch in seiner gesetzlichen Ausgestaltung als Vermögensdelikt.

Dem Schöffengericht Annaberg, Ls 9/36, lag folgender Sachverhalt vor: der Angeklagte, ein Reisender, der Gassparer zum Preise von *RM* 6.75 pro Stück vertrieb, gab, um bessere Geschäfte zu machen, bei den von ihm besuchten Personen wahrheitswidrig an, er komme im Auftrage des Städtischen Gaswerks. Er glaubte wohl, wenn er sich so einen gewissermaßen „amtlichen" Anstrich gebe, die Interessenten eher zum Kaufabschluß bewegen zu können. Das Gericht stellte fest, daß die Gassparer in der Tat den verlangten Preis wert gewesen seien, führte aber aus, der Käufer sehe sich in seiner Hoffnung und Erwartung, etwas besonders Preiswertes zu bekommen, getäuscht, wenn er erfahre, daß er durch unwahre Angaben zur Bestellung veranlaßt wurde. Ohne die wahrheitswidrigen Angaben des Angeklagten würde der Käufer nicht gekauft haben, er sei also „geprellt" worden. Das Publikum verdiene Schutz vor solchen Werbungstreibenden. Das Gericht hat daher den Angeklagten wegen Betrugs nach §§ 2, 263 StGB verurteilt[54]).

Demgegenüber hat das RG in dem ähnlichen Fall 3 D 652/36 das freisprechende Urteil der ersten Instanz gebilligt. Dort hatte der Angeklagte, um Aufträge von Behörden für eine Reihe von durch ihn vertretenen Firmen zu erlangen, den Anschein erweckt, als gingen die von ihm abgegebenen Angebote von den Firmen selbst aus. Die Strafkammer führte aus, eine Verurteilung wegen Betrugs komme nicht in Betracht, da durch das Vorgehen des Angeklagten die Verwaltung nicht geschädigt worden sei; auch der Grundgedanke des § 263 StGB verlange aber das Vorliegen eines Vermögensschadens. — Das RG äußert sich

---

[53]) Dalcke, § 2 Bem. 2a S. 9.
[54]) zustimmend: Becker, DtRecht 37, 292 f.; ablehnend: Goedel, DJ 38, 588 (I 7).

zu der Frage nicht näher, sondern erklärt lediglich die Darlegungen der Strafkammer für rechtlich bedenkenfrei[55]).

Das SchGer. Annaberg sah den Grundgedanken des § 263 StGB in dem „Verbot unrechtmäßiger Bereicherung auf Kosten anderer durch Täuschung" und glaubte deshalb vom Erfordernis eines „Vermögensschadens" absehen zu können. Sicher zu Unrecht! Denn zum Grundgedanken des § 263 StGB gehört nicht nur die Täuschung, sondern ebenso die Vermögensbeschädigung; die bloße Täuschung ohne Vermögensbeschädigung ist kein Betrug[56]). Mit Hilfe des § 2 StGB können solche Fälle daher strafrechtlich nicht erfaßt werden. Es wäre abgesehen davon in allen diesen Fällen zunächst zu prüfen, ob nicht durch eine andere Bestimmung des Begriffs „Vermögensschaden" geholfen werden kann; das ist dann aber Auslegung, nicht Analogie im Sinne des § 2 StGB[57]).

§ 17.

Sittlichkeitsdelikte.

I. Ehebruch § 172 StGB.

Die Angeklagten hatten (in der Zeit vor dem 1. September 1935) in ehewidriger Weise geschlechtlichen Verkehr miteinander gepflogen, ohne daß sie aber den Beischlaf vollzogen hatten. Das Landgericht hatte von der Anklage wegen Ehebruchs freigesprochen; dagegen wandte sich die Revision der Staatsanwaltschaft mit der Begründung, die Freisprechung widerspreche dem gesunden Volksempfinden, auch fordere der Grundgedanke des § 172 StGB die Bestrafung der Angeklagten. Das RG, 4 D 129/36, verwarf die Revision[58]).

Der Begriff des „Ehebruchs" in § 172 StGB wird vom Gesetzgeber des StGB ebensowenig näher erläutert wie in § 1565 BGB und § 47 des neuen Ehegesetzes vom 6. Juli 1938 (RGBl I S. 807). In beiden Gesetzesstellen wird der Begriff des „Ehebruchs" als bekannt und feststehend vorausgesetzt. Beide Gesetzesbestimmungen hängen insofern miteinander zusammen, als § 172 StGB den Ehebruch nur bestraft, „wenn wegen desselben die Ehe geschieden ist", andererseits die Scheidung wegen Ehebruchs voraussetzt, daß der strafrechtliche Ehebruchstatbestand erfüllt ist (RG Ziv. JW 07, 472; vgl. Starck, LZ 1919, 527). Das Wort „Ehebruch" kann also in beiden Gesetzesbestimmungen nur einheitlich verstanden werden. Es liegt in dieser Bedeutung seit langem fest und ist vom Gesetzgeber des StGB in dieser feststehenden Bedeutung über-

---

55) zustimmend: Schäfer, JW 37, 942 Nr. 17 Anm.; Zimmerl, Auslegung S. 180; Sternagel-Haase, S. 94.

56) So auch Gürtner II, S. 461.

57) Kohlrausch, § 2 VII 14; zur ganzen Frage Mezger, JW 37 1289 ff. m. Nachw.; vgl. auch Mezger, JW 35, 288 Nr. 16 Anm.

58) zustimmend: Becker, DJ 37, 457; Kohlrausch § 2 VII 8; § 172 Bem. 1; Mezger, ZAkDR 38, 117 nach N. 7, 119; Dalcke, § 2 Bem. 2a, S. 10; Goedel, DJ 38, 591 (III 4); Schwarz, § 2 Bem. 3 B a.

nommen worden. Das Gesetz bietet daher keine Möglichkeit, etwa wegen Unbestimmtheit des Begriffs ihn anders auszulegen, als er seit jeher im Sprachgebrauch feststeht. Der nationalsozialistische Gesetzgeber wird diesen Sprachgebrauch ebenfalls respektieren (Gürtner II 109). Die Rechtsprechung sowohl des Strafrechts wie des Zivilrechts hat daher bisher immer den Standpunkt vertreten, daß Ehebruch nur bei vollzogenem Beischlaf, nicht auch bei unzüchtigem Verkehr anderer Art gegeben ist (E. 14, 202; 25, 199; 39, 60; für das bürgerliche Recht: Warn. 7 Nr. 123; RGZ 38, 181).

Die Revision wollte im Wege des § 2 StGB eine Bestrafung der Angeklagten erreichen. Im gegebenen Fall mußte das schon an § 2 a I StGB scheitern, da § 2 n. F. zur Zeit der Tat noch nicht gegolten hatte. Es standen aber auch die erwähnten inneren Gründe entgegen. Außerdem muß bezweifelt werden, ob das gesunde Volksempfinden eine Ausdehnung der Strafbarkeit auf solche Fälle verlangt[59]).

II. Blutschande § 173 StGB.

Noch weniger angebracht erscheint eine Erweiterung der Strafvorschrift des § 173 StGB auf die Fälle bloßer Unzucht. Daß das Gesetz das Wort „Beischlaf" hier bewußt in einem ganz bestimmten, eng umrissenen Sinn gebraucht, ergibt der Vergleich mit den nachfolgenden §§ 174—176, wo von „unzüchtigen Handlungen" die Rede ist, während § 177 StGB wieder von „außerehelichem Beischlaf" spricht, ebenso wie die §§ 179, 182 StGB, wogegen die §§ 180 ff., 183 allgemein von „Unzucht" und „unzüchtigen Handlungen" sprechen. Neuerdings läßt auch § 11 der 1. DVO zum BlSchG. erkennen, daß das Gesetz und der Gesetzgeber diese Unterschiede bewußt macht. Gerade aus dieser Äußerung des nationalsozialistischen Gesetzgebers, unterstützt durch den Bericht der amtlichen Strafrechtskommission (Gürtner II 202, 203, 210), ist zu schließen, daß eine Erweiterung der Strafbarkeit von unzüchtigen Handlungen über den engeren Kreis des Beischlafs hinaus in § 173 StGB auch heute noch abzulehnen ist.

Aus solchen Erwägungen heraus hat das RG in 5 D 130/37 es abgelehnt, einen Vater gem. §§ 2, 173 zu bestrafen, der sich mehrmals von seiner Tochter hatte geschlechtlich befriedigen lassen, ohne daß es zur Vollziehung oder zum Versuch des Beischlafs kam[60]).

III. Unzucht mit Abhängigen § 174 StGB.

1. Eine Grenze ist auch gezogen in § 174 Nr. 1 StGB, wo unter Strafdrohung gestellt sind unzüchtige Handlungen von Vormündern, Adoptiv- und Pflegeeltern, Geistlichen, Lehrern und Erziehern an den

---

[59]) Über die italienische Praxis vgl. Dahm, ZAkDR 37, 738 N. 4. Rejewski lehnt S. 59 f. die Erwägungen des RG ab.

[60]) zustimmend: Schäfer, JW 37, 1796 Nr. 36 Anm.; Kohlrausch, § 2 VII 8; § 173 Bem. 2; 32. Aufl., § 2 IV 2. Goedel, DJ 38, 591 (III 8); Dalcke, § 2 Bem. 2 a, S. 10; Mezger, ZAkDR 38, 119.

ihnen unterstellten und anvertrauten Kindern. Das Gesetz hat unzüchtige Handlungen der Eltern an ihren leiblichen Kindern nicht unter Strafe gestellt[61]). Daß das Absicht des Gesetzgebers ist, sagt folgende Überlegung: in § 173 StGB ist der Beischlaf zwischen Verwandten auf- und absteigender Linie mit Strafe bedroht, die Strafe der Eltern mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren; die gleiche Strafe droht § 174 Nr. 1 den dort bezeichneten Autoritätspersonen an. Es wäre unverständlich, warum der Gesetzgeber den besonderen gesetzlichen Tatbestand des § 173 StGB für den Beischlaf schuf, wenn die gleichen Handlungen durch § 174 nochmals mit der gleichen Strafe bedroht wären. Der Gesetzgeber hat bewußt den Kreis der strafbaren Unzucht zwischen Eltern und Kindern in § 173 StGB umschrieben und daher in § 174 genau aufgezählt, welche Autoritätspersonen er sonst wegen unzüchtiger Handlungen an ihren Autoritätsuntergebenen gestraft wissen will. Dieser Wille des Gesetzgebers wäre freilich für uns nicht maßgebend, wenn er Wille des Gesetzgebers geblieben wäre[62]); er ist aber aus dem Gesetz selbst eindeutig zu entnehmen; daran ist der Richter gebunden, auch wenn wir heute die Gründe zu der gesetzlichen Regelung[63]) nicht mehr anerkennen können[64]). Der Grundgedanke des § 174 Nr. 1 StGB mag auch auf unzüchtige Handlungen der Eltern mit ihren leiblichen Kindern zutreffen[65]); gleichwohl aber steht der ausdehnenden Anwendung der Vorschrift die gesetzliche Rechtslage entgegen[66]).

Auch das RG hat, allerdings unter Anwendung der rein subjektiven Methode, die entsprechende Anwendung abgelehnt[67]). Die dagegen von Becker, DJ 37, 458, und von Flehinghaus, DJZ 36, 695 ff. vorgebrachten Bedenken übersehen die aus § 173 StGB hergeleiteten Gründe.

2. Mit der zweiten Form der Unzucht mit Abhängigen, § 174 I Nr. 2 StGB, befaßt sich das RG in 5 D 731/37. Hier hatte ein Ortsgruppengeschäftsführer und Ortsgruppenkassenverwalter der NSV mit drei Ehefrauen und einer Witwe, die sämtliche von der NSV betreut wurden, unzüchtige Handlungen vorgenommen. In allen Fällen hat er im Rahmen seiner Befugnisse den Anträgen und Wünschen der Frauen, an denen er sich vergangen hatte, eine besonders wohlwollende Förderung zuteil werden lassen. Das Landgericht hatte ihn in entsprechender Anwendung nach § 174 I Nr. 2 StGB verurteilt.

Das RG legt zunächst — in den hier interessierenden Teilen des Urteils — dar, daß der Angeklagte als „Beamter“ im Sinne der Vor-

---

[61]) wie z. B. das holländische Recht, vgl. RG JW 37, 165 Nr. 17.
[62]) so mit Recht Becker, DJ 37, 458.
[63]) darüber vgl. E. 3, 64; 68, 365.
[64]) Becker a. a. O.; Gürtner II 202.
[65]) Zimmerl, Auslegung, S. 181.
[66]) Zimmerl, Auslegung, S. 182; Schäfer, JW 37, 1796, Nr. 36 Anm.; Kohlrausch, § 2, VII, 8; § 174 Bem. 2; 32. Aufl., § 2 IV 2.
[67]) 4 D 97/36, dazu Schwarz, ZAkDR 36, 288; 5 D 130/37; zustimmend: Goedel, DJ 38, 591 (III 2); ablehnend: Schwarz, § 2 Bem. 3 B a; Rejewski, S. 57 ff.

schrift zu behandeln sei[68]), es sieht aber den Grundgedanken der Vorschrift nicht als zutreffend an. Zwar sei § 174 StGB von dem Gedanken getragen, die geschlechtliche Freiheit zu sichern und Abhängigkeitsverhältnisse in geschlechtlicher Hinsicht sauber zu halten, indessen sei dieser Gedanke nicht in allgemeiner Form ausgesprochen, sondern nur für bestimmte Abhängigkeitsverhältnisse. Das Verhältnis zwischen dem Angeklagten und den Frauen sei aber kein Abhängigkeits- und Obhutsverhältnis im Sinne des Gesetzes gewesen. Durch die bewußte Grenzziehung des Gesetzes werde eine entsprechende Anwendung auf den gegebenen Sachverhalt ausgeschlossen.

Dem Urteil kann insoweit lediglich beigepflichtet werden[69]).

IV. Verführung zu Päderastie. § 175 a Nr. 3 StGB.

Ein Erwachsener, der eine noch nicht 21 Jahre alte männliche Person zur gleichgeschlechtlichen Unzucht „verführt", wird nach dieser qualifizierten Form bestraft. „Verführen" ist hierbei nach dem Sprachgebrauch als Beeinflussung des Willens im Sinne der Herbeiführung einer Geneigtheit zu den vorzunehmenden Handlungen wie in § 182 zu verstehen[70]). Die Handlungen, zu denen verführt wird, müssen auf dem Willensentschluß des Verführten beruhen.

Das war nicht der Fall in der Entscheidung 3 D 1000/37 (E. 72, 50), wo der Angeklagte einen 17jährigen durch ungewohnten übermäßigen Alkoholgenuß willenlos machte und mißbrauchte. Das RG billigte die auf §§ 2, 175, 175 a Nr. 3 gestützte Verurteilung durch das Landgericht[71]). Beide Gerichte sehen in dem planmäßigen Vorgehen des Angeklagten eine Beeinflussung des Willens des Mißbrauchten.

Gegen die Entscheidung bestehen Bedenken. Straferhöhungsgrund ist in § 175 a Nr. 3 StGB die Beeinflussung des Willens von Unerfahrenen, wie die starre Altersgrenze ergibt, die hier im Gegensatz zu den ähnlichen Vorschriften der §§ 176 I Nr. 2 und 177 I (2. Altern.) eingeführt ist. Es ist auch in § 182 nicht die Willens- und Bewußtlosigkeit des Mißbrauchten der Strafgrund. Insoweit gehen dort §§ 176 I Nr. 3, 177 vor. Daraus folgt, daß die Ausnützung einer vom Täter nicht herbeigeführten Willenlosigkeit die erschwerte Strafe des § 175 a Nr. 3 nicht begründet[72]).

Der Grundgedanke der Vorschrift wird aber weiter gekennzeichnet dadurch, daß der Verführte selbst strafbar wird nach § 175 I StGB[73]);

---

[68]) hierzu unten § 28.

[69]) Mezger, ZAkDR 38, 137, 139 II; Schwarz, GS 110, 374 ff.; Goedel, DJ 38, 592 (III 17), 594 (V 8).

[70]) vgl. E. 70, 199 = JW 36, 1909 Nr. 19; GA 48, 451.

[71]) zustimmend: Goedel, DJ 38, 594 (V 10); Schwarz, Anhang zu § 2 Bem. IV 2 F.

[72]) RG läßt das offen; aber der bloße Umstand, daß es sich um einen Minderjährigen handelt, genügt nicht zur Anwendung des § 175 a Nr. 3.

[73]) das Verführt-worden-sein rechtfertigt allein noch nicht die Anwendung des § 175 II.

auch das rechtfertigt die erhöhte Strafe für den Verführer. In dem obigen Fall war der Junge aber infolge Trunkenheit „willenlos", d. h. zurechnungsunfähig nach § 51 StGB, daher nicht strafbar[74]). Damit war ein Teil des Strafgrundes des § 175 a Nr. 3 entfallen.

Wir würden daher eine (unmittelbare) Anwendung des § 175 a Nr. 1 StGB vorgezogen haben. „Gewalt" im Sinne dieser Vorschrift ist auch die Beibringung berauschender Mittel, auch wenn sie selbst nicht mit Gewalt erfolgt[75]). Damit ist dann auch die unverständliche Folge vermieden, daß die Herbeiführung oder Ausnützung der Willenlosigkeit nur am Minderjährigen schwerer strafbar wäre, was nach den ähnlichen Vorschriften der §§ 182, 176 I Nr. 3, 177 ja auch nicht der Fall ist.

V. § 176 Nr. 1 StGB.

Nach dieser Vorschrift wird bestraft, „wer mit Gewalt unzüchtige Handlungen an einer Frauensperson vornimmt oder dieselbe durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben zur Duldung unzüchtiger Handlungen nötigt".

Ein Angeklagter, der mit seiner Frau in Scheidung lebte, hatte nach den Feststellungen des Tatrichters wiederholt von ihr mit Gewalt die Duldung des Beischlafs erzwungen. Den Versuch, auf diesen Sachverhalt die Strafbestimmung des § 176 Nr. 1 StGB anzuwenden, wies das RG zurück (2 D 126/37)[76]).

Unmittelbar war die Vorschrift nicht anwendbar, da eine unzüchtige Handlung nicht vorlag (so mit näherer Begründung RG; zu vgl. JW 37, 1798 Nr. 41 m. Nachw.). Das RG hat sich mit dieser Begründung begnügt und abschließend gesagt: „Für die Annahme der Analogie ist kein Raum". Das hätte u. E. der näheren Begründung bedurft. Denn § 176 Nr. 1 StGB will die Willens- und Entschließungsfreiheit der Frau auf geschlechtlichem Gebiet gegen gewaltsame Angriffe schützen. Ein solcher Angriff ist aber auch gegeben, wenn der Ehemann den Beischlaf gewaltsam erzwingt; die Bedenken des RG — daß nämlich „die als Grundlage der Volksgemeinschaft bestehenden innigsten Bande der Familie und Ehe von allen störenden Eingriffen von außen und demnach auch von einer strafrechtlichen Kontrolle der geschlechtlichen Seite der Ehe, soweit wie nur irgend möglich freigehalten werden müssen" — dürften wenigstens in unserem Falle nicht durchgreifen, wo die Ehe in der Auflösung begriffen war. Sie bestehen übrigens im gleichen Maße auch, wenn man — wie das RG — die Tat unter dem Gesichtspunkt der Nötigung, § 240 StGB, als „strafbare Beeinflussung der

---

74) ein Fall des § 330 a lag nicht vor.

75) Mezger, Lehrbuch, S. 366 in und bei N. 6 m. Nachw.; so auch der „Gesetzgeber" des § 175 a: vgl. L. Schäfer bei Pfdt.-Neub. II 6, S. 85 Anm. 1.

76) zustimmend: Mezger, ZAkDR 38, 119; unter Berufung auf entgegenstehendes gesundes Volksempfinden auch Dalcke, § 2 Bem. 2 b, S. 10.

Willensentschließung der Ehefrau“ bestrafen will; auch in diesem Falle muß vor dem Strafrichter der ganze Sachverhalt aufgerollt werden.

Das Verbrechen des § 176 Nr. 1 StGB kann nach der h. M. auch an der eigenen Ehefrau begangen werden, sofern nur andere Handlungen als der Beischlaf erzwungen werden sollten[77]). Es sind nun Fälle denkbar, in denen eine Tat der vorliegenden Art ihrem Unrechtsgehalt nach dem in § 176 Nr. 1 vorausgesetzten gleichkommt. Ob für solche Fälle die Strafdrohungen aus § 240 StGB oder § 185 StGB genügende Sühne ermöglichen, kann zum mindesten zweifelhaft sein. Indessen dürfte hier ein Gegenschluß aus § 176 Nr. 2 StGB dem RG recht geben. Wenn dort nur der „außereheliche Beischlaf“ an einer willenlosen Frau bestraft wird, so geht hervor, daß der eheliche Beischlaf unter den gleichen Umständen nicht strafbar sein soll. Auch in § 177 StGB ist ausdrücklich nur der gewaltsame außereheliche Beischlaf mit Strafe bedroht.

VI. Mißbrauch von Willenlosen. § 176 Nr. 2 StGB.

1. Mit den oben (I, II) behandelten Fragen berührt sich der in 1 D 41/37 entschiedene Fall, ob nach § 176 Nr. 2 auch bestraft werden kann, wer an einer willenlosen Frau bloße unzüchtige Handlungen vornimmt, ohne den Beischlaf zu vollziehen, obwohl diese Strafvorschrift nur den Mißbrauch einer solchen Frau zum außerehelichen Beischlaf bestraft. Daß das Gesetz sich hier bewußt auf Beischlaf beschränkt, ergibt der Vergleich mit § 176 Nr. 1und 3, wo es weitergehend heißt: „unzüchtige Handlungen“. Diese vom Gesetz selbst errichtete Schranke ist zu respektieren.

2. § 176 Nr. 2 StGB schützt Frauen, die sich in willenlosem oder bewußtlosem Zustande befinden oder die geisteskrank sind. Im Falle des LG Amberg, 2 Js 304/36, hatte der Angeklagte den Beischlaf vollzogen an einer stark verkrüppelten, 1,25 m großen Frauensperson, die die linken Gliedmaßen kaum gebrauchen konnte, aber auch sonst nicht in der Lage war, Angriffen körperlich oder willensmäßig wirksamen Widerstand entgegenzusetzen. Die Mißbrauchte war zwar geistesschwach, aber nicht in dem von der Rechtsprechung[78]) geforderten Maße. Das Gericht stand vor der Frage, welche Strafbestimmung es auf die Tat anwenden sollte. Da der Täter nicht Gewalt angewendet hatte, war das Verbrechen nicht Notzucht gewesen (§ 177 StGB); aber auch § 176 Nr. 2 StGB war unmittelbar nicht anwendbar.

Daß das gesunde Volksempfinden Bestrafung der Tat forderte, bedarf kaum näherer Begründung. Trifft aber der Grundgedanke des § 176 Nr. 2 StGB auf die Tat zu?

Aus einem Vergleich der Nr. 2 mit den Nr. 1 und 3 des § 176 findet das LG den Grundgedanken dieser Vorschrift darin, „solchen Personen,

---

77) Vgl. z. B. Schwarz, § 176 Bem. 1.

78) Vgl. 1 D 355/37; 2 D 28/34; 1 D 944/35.

die nicht in der Lage sind, unsittlichen Angriffen wirksamen Widerstand zu leisten, besonderen strafrechtlichen Schutz zu gewähren". Personen, die nicht zu einer der drei Gruppen des § 176 gehörten, aber gleichen Schutzes bedürftig seien, müßten auf dem Weg des § 2 StGB diesem Schutz unterstellt werden. Das LG hat deshalb in § 176 Nr. 2 StGB das am besten zutreffende Gesetz im Sinne des § 2 Satz 2 gesehen, da sie „unabhängig von dem Alter der darin genannten Personen die besondere, sich aus ihrem körperlichen und geistigen Schwächezustand ergebende Hilflosigkeit schützen will".

Durch ausdehnende Auslegung des Begriffs „willenlos"[79]) ist wohl nicht zu helfen, denn aus der Aufzählung „willenlos, bewußtlos, geisteskrank" geht hervor, daß das Fehlen irgend eines (beachtlichen)[80]) Willens erfordert ist. „Willenlos" ist auch im Sprachgebrauch nur, wer keinen Willen hat oder ihn nicht äußern kann (Leipz. Komm. § 176 Bem. 6). Es wird daher der Weg über § 2 StGB notwendig sein. Er ist auch gangbar; Strafgrund des § 176 Nr. 2 StGB ist „die Ausnutzung der Unfähigkeit der Frau zum Widerstand gegen den angesonnenen außerehelichen Beischlaf" (Schäfer JW 36, 3014). Eine solche Unfähigkeit war im gegebenen Fall zu bejahen[81]).

VII. Notzucht. § 177 StGB.

Der Anwendung des § 177 StGB (1. Altern.) auf Fälle, wo der Täter anders als die im Gesetz genannten Drohmittel anwendet, widersetzt sich das Urteil 3 D 911/37 (DJ 38, 154). Die Entscheidung erklärt zutreffend, das Wesen des § 177 StGB liege nicht allein in der Brechung des Widerstandes der mißbrauchten Frau, sondern werde entscheidend mitbestimmt durch das besondere, zur Brechung des Widerstandes benützte Mittel. Man wird der Entscheidung insoweit zustimmen können[82]). Soweit sie eine entsprechende Anwendung des § 177 deshalb ablehnt, weil schon § 240 unmittelbar zutreffe, ist sie freilich abzulehnen.

VIII. § 179 StGB.

In 5 D 313/37 hatte der Angeklagte als verheirateter Mann einem Mädchen gegenüber sich als unverheiratet ausgegeben und durch Vorspiegelung von Heiratsabsichten erreicht, daß sie ihm die außereheliche Beiwohnung gestattete. Die entsprechende Anwendung des § 179 StGB wurde abgelehnt, da das Gesetz die Strafbarkeit der Täuschung auf bestimmte Irrtumsfälle beschränkt habe[83]).

---

[79]) Schäfer, JW 36, 3014; Kohlrausch, § 2 Bem. VII 8 b.
[80]) 1 D 910/35 (E. 70, 32).
[81]) zustimmend: Goedel DJ 38, 588 (I 4).
[82]) Goedel, DJ 38, 592 (III 18).
[83]) zustimmend: Dalcke, § 2 Bem. 2 a, S. 10; Goedel, DJ 38, 591 (III 9); offenbar war dies nicht der erste dem RG vorliegende Fall dieser Art: vgl. Schwarz, ZAkDR 36, 287, 289. Einen ähnlichen Sachverhalt bietet auch 6 D 117/36: JW 36, 1446 Nr. 16.

Das Gesetz bestraft die Verleitung zum außerehelichen Beischlaf dann, wenn der Täter eine Trauung vorspiegelt oder in der Frau einen anderen Irrtum erregt oder benützt, in welchem sie den Beischlaf für einen ehelichen hielt. Strafgrund ist also, daß der Täter die Frau in den Glauben versetzt, sie gestatte ihm den ehelichen Beischlaf; wenn dagegen, wie im gegebenen Fall, das Mädchen dem Mann sich bewußt außerehelich hingibt, so trifft der Grundgedanke des § 179 StGB nicht zu.

Die Entscheidung des RG läßt sich also unmittelbar auf die Nichtübereinstimmung des Grundgedankens des § 179 StGB mit der Tat stützen. Das RG hat sich damit begnügt, zu sagen, § 179 habe „bewußt" einen engen Kreis der strafbaren Täuschungsfälle aufgestellt, ohne zu sagen, woraus auf diese Absicht des Gesetzes zu schließen ist. Man wird wohl so argumentieren können: Das Gesetz kennt in § 182 StGB einen zweiten Fall der strafbaren Verleitung einer Frau zum Beischlaf, schützt dort aber nur noch nicht 16 Jahre alte Mädchen. Ältere Frauen werden nur im Rahmen des § 179 StGB geschützt; bei ihnen ging das Gesetz ersichtlich davon aus, daß sie sich und ihre Geschlechtsehre selbst wahren können und müssen. Eines Schutzes bedürfen sie nur dort, wo der Täter es versteht, sie unbewußt zur Preisgabe ihrer Geschlechtsehre zu veranlassen, und das sind die Fälle des § 179 StGB. Insofern enthält diese Strafvorschrift in der Tat eine bestimmte Begrenzung, über die der Richter nicht hinausgehen darf.

IX. Ausbeuterische Zuhälterei. § 181 a StGB.

Der besondere „Tätertypus" des Zuhälters ist gekennzeichnet durch sein besonders geartetes persönliches Verhältnis zu der Dirne. Dieses Verhältnis kann nicht bestehen zwischen einem im Gefängnis untergebrachten Mann und einer Frauensperson. Das ist ausgesprochen in 4 D 935/37 (E. 72, 126) und in 1 D 32/37 (HRR 37 Nr. 1276). In billigenswerter Weise lehnt die erstgenannte Entscheidung auch ab hier im Wege des § 2 StGB vorzugehen. Sie leugnet das Zutreffen des Grundgedankens des § 181 a StGB und betont, daß ein besonderes strafrechtliches Einschreiten unnötig sei, da der Gefangene keine Gefahr für die öffentliche Ordnung und sittliche Haltung des Volkes bilden könne. Mit Recht verwertet das RG hier Gedanken, die nicht rein logisch aus dem Gesetz selbst folgen, sondern emotionaler, wertender Betrachtung entspringen.

X. § 183 StGB.

In 2 Entscheidungen hat das RG entsprechende Anwendung des § 183 StGB gebilligt: in 5 D 691/37 (E. 72, 67) hatte der Angeklagte wiederholt an öffentlichen Orten exhibitionistische Handlungen vorgenommen[84]), in 5 D 106/38 (DJ 38, 640) im Frauenabteil einer

[84]) dieser Entscheidung stimmt Goedel, DJ 38, 594 (V 12) zu.

öffentlichen Bedürfnisanstalt heimlich den sich unbeobachtet glaubenden Frauen zugesehen. In beiden Fällen mangelte es (von ganz wenigen Einzelfällen abgesehen) am Tatbestandsmerkmal der „Öffentlichkeit" im Sinne des § 183. Das RG glaubt gleichwohl den § 183 auf alle Einzelfälle anwenden zu können, da die Häufigkeit der Taten des Angeklagten, die aus einem von vornherein auf Wiederholung gerichteten Vorsatz entsprangen, besondere Bestrafung verlange. Zutreffend lehnt es das RG ab, hier die Strafe aus § 360 Nr. 11 StGB genügen zu lassen.

Die von Mezger (ZAkDR 38, 316) gegen 5 D 106/38 erhobenen Bedenken — es mangele an dem Erfordernis der unmittelbaren Ärgerniserregung, auch sei auf subjektiver Seite manches ungeklärt — treffen gegen diese Entscheidung zu. Im anderen Fall nahmen die betroffenen Personen unmittelbar Ärgernis, das Merkmal der Öffentlichkeit war hier wie dort wenigstens nach § 2 gegeben (wie auch Mezger a. a. O. für möglich hält). In beiden Fällen traf aber § 185 StGB mittelbar oder unmittelbar zu[85]), im ersten Fall also ideell zusammentreffend mit § 183 StGB.

XI. § 184 StGB.

In dieser Vorschrift ist eine Reihe verschiedenartiger Handlungen unter Strafe gestellt, durch welche in irgendeiner Weise die öffentliche Sittlichkeit (Nrn. 1, 3, 3 a, 4) oder die von Personen unter 16 Jahren gefährdet werden kann (Nr. 2). Maßgebender Strafgrund in den Nrn. 1, 3, 3 a und 4 ist also ersichtlich die Öffentlichkeit der unter Strafe gestellten Handlungen, in Nr. 2 die Erwerbsabsicht des Täters, der aus der Unerfahrenheit oder Neugier und Lüsternheit jugendlicher Personen Gewinn ziehen möchte. Schutzobjekt ist sonach nicht in erster Linie die sittliche Reinheit der Jugendlichen, wie auch § 184 a StGB ergibt, der an dem Erfordernis der Entgeltlichkeit festhält.

Das RG hat es daher in 5 D 78/37 abgelehnt, einen Angeklagten, der zwei 14jährige Mädchen auf der Straße ansprach und ihnen unzüchtige Abbildungen zeigte, nach §§ 2, 184 zu bestrafen. Die analoge Anwendung dieser Bestimmung scheiterte an der vom Gesetzgeber bewußt vorgenommenen Grenzziehung, die es nicht zulasse, den Täter dann zu bestrafen, wenn er nicht mit Erwerbsabsicht handle[86]).

Trotz der Bedenken, die man im Ergebnis hat, — § 185 StGB gewährt wohl keine ausreichende Sühne — wird man nach der bestehenden Gesetzeslage kaum anders entscheiden können. Denn es ist zu bedenken, daß in § 176 Nr. 3 StGB gegen unsittliche Handlungen nur Personen unter 14 Jahren geschützt werden, sodaß es unmöglich wäre, ältere Jugendliche strafrechtlich dagegen zu schützen[87]), (wenn man von § 185 absieht); dann wäre es unverständlich, daß man wegen einer milderen

---

[85]) vgl. Mezger a. a. O.; auch das LG in 5 D 691/37.

[86]) Goedel, DJ 38, 592 (III 14).

[87]) Vgl. Mezger, Leitfaden, S. 35 ff. unter b; DJZ 36, 601; Schwarz, GS 106, 247. Anders Rejewski, S. 45 f.

Form der unzüchtigen Einwirkung auf solche Jugendliche mit den Strafdrohungen wegen der Vergehen gegen die Sittlichkeit vorgehen könnte. Das zeigt gerade auch der Umstand, daß dieselbe Tat, falls sie gegenüber noch nicht 14jährigen Kindern begangen wird, gemäß § 176 Nr. 3 StGB strafbar ist[88]).

§ 18.

Eidesdelikte.

I. Meineid, § 153 StGB.

Zu den Fällen, die aus dem Gesichtspunkt der Selbstbeschränkung des Gesetzes zu behandeln sind, gehört der, wenn in Frage steht, ob ein Schuldner des Meineids schuldig ist, wenn er beim Offenbarungseid die nach den Vorschriften über den Offenbarungseid (§ 260 BGB; § 807 ZPO) erforderlichen Angaben vollständig und der Wahrheit gemäß macht, darüber hinaus aber wahrheitswidrige Angaben macht.

In E. 27, 417 vom 15. November 1895 hatte der Schuldner ihm nicht gehörige Sachen als sein Eigentum bezeichnet und diese Angaben beschworen. Das RG führte aus, der Wortlaut des § 711 (jetzt § 807) ZPO und der Zweck des Offenbarungseides ergäben, daß die Pflicht des Schuldners dahin gehe, sein eigenes Vermögen vollständig anzugeben und keinen Bestandteil desselben zu verschweigen. Diese Pflicht habe der Angeklagte erfüllt, er sei also nicht wegen Meineids strafbar. In 1 D 379/37 wiederholt das RG für einen gleichliegenden Fall seine damalige Ansicht, lehnt aber auch entsprechende Anwendung des § 153 StGB ab, da weder das gesunde Volksempfinden Bestrafung verlange, noch der Grundgedanke des Gesetzes solche erlaube. Rilk[89]) sagt dagegen zutreffend, der Grundgedanke des § 153 StGB — nur auf diesen kommt es an! — sei in dem Verbot unwahrer eidlicher Aussagen vor den Behörden zu sehen[90]), sodaß er also in solchen Fällen wohl zutreffe; indessen seien der Eidesleistung erkennbar Grenzen gezogen durch die enge Eidesformel des § 807 ZPO, daran sei der Richter gebunden. Nach § 153 StGB wird wegen Meineids bestraft, wer einen ihm auferlegten Eid wissentlich falsch schwört; der dem Offenbarungsschuldner auferlegte Eid geht nach § 807 ZPO dahin:

> „daß er nach bestem Wissen sein Vermögen so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei".

Was der Schuldner über diese Formel hinaus etwa angibt und beschwört, gehört nicht mehr zu dem ihm auferlegten Eid.

Das gleiche gilt für den Offenbarungseid nach §§ 2027 II, 260 BGB, den das Urteil 5 D 556/37, allerdings nicht unter dem Gesichtspunkt des § 2 StGB, behandelt hat. Dort hatte die Angeklagte Nachlaß-

---

[88]) Schäfer, JW 37, 3149 Nr. 1 Anm. So jetzt auch RG 4 D 924/37 v. 1. II. 1938: DStrR 5, 134 m. Anm. Schäfer.

[89]) JW 37, 2509 Nr. 4 Anm.; vgl. Goedel, DJ 38, 591 (III 12).

[90]) vgl. Schaffstein, JW 38, 145 ff.

schulden angegeben, die in Wahrheit nicht bestanden. Ob in diesem Fall nicht eine unmittelbare Anwendbarkeit des § 153 StGB möglich gewesen wäre[91]), kann hier offen bleiben. Von § 2 StGB aus gesehen, ist die Entscheidung jedenfalls unbedenklich[92]).

II. Falsche Versicherung an Eides Statt, § 156 StGB.

1. Einreichung der Abschrift einer eidesstattlichen Versicherung.

Es ist in der Praxis des Prozeßrechts sehr häufig zu beobachten, daß von Parteien oder Anwälten eidesstattliche Versicherungen nicht urschriftlich, sondern nur in Abschrift, meist in sog. beglaubigter Abschrift, dem Gericht vorgelegt werden. In vielen Fällen lassen die Gerichte das genügen. Ist eine solche Versicherung wissentlich falsch abgegeben, so ist § 156 StGB nicht unmittelbar anwendbar, denn der zuständigen Behörde gegenüber ist nicht „die Versicherung" abgegeben. RG 1 D 1023/35 sagt zutreffend, das Gericht vertraue hier nicht auf eine eidesstattliche Versicherung, sondern auf die Erklärung des Anwalts, daß eine eidesstattliche Versicherung des aus der Abschrift ersichtlichen Inhalts vorhanden (gewesen) sei. Das Urteil befaßt sich aus zeitlichen Gründen nicht näher mit der Frage, ob gemäß § 2 StGB in solchen Fällen Bestrafung einzutreten habe, es bemerkt nur beiläufig, daß dem wohl dieselben Gründe entgegenstehen würden, die auch gegen die unmittelbare Anwendung des § 156 StGB sprechen.

Dem kann nicht beigetreten werden[93]). Darauf, daß das Gericht die Echtheit der eidesstattlichen Versicherun nicht nachprüfen kann, wenn ihm die Urschrift nicht vorliegt, kann es nicht ankommen; für die Bestrafung des Angeklagten ist selbstverständlich Voraussetzung, daß er als Urheber der falschen Versicherung festgestellt ist; diese Feststellung kann aber auch dann getroffen werden, wenn nicht die Urschrift, sondern nur eine Abschrift eingereicht wird. Es ist auch schief, wenn das RG meint, die Verantwortung für den Urheber der Versicherung sei schwerer zu tragen, wenn die Urschrift bei Gericht eingereicht wird; denn das entfällt sofort, wenn auch bei Einreichung einer Abschrift Strafbarkeit eintreten kann.

Auch der Hinweis auf einen Parallelfall aus dem sonstigen Eidesrecht kann nicht überzeugen: Es ist richtig, daß nicht wegen Meineids bestraft werden kann, wer vor einem Notar einen Eid leistet und Niederschrift dieser Eidesleistung bei Gericht einreichen läßt — denn der Notar ist keine zur Abnahme von Eiden befugte Behörde (§ 153 StGB). Es handelt sich dabei ebensowenig um einen Eid, wie bei dem

---

[91]) Schaffstein, JW 37, 3214 Nr. 3 Anm.

[92]) Schaffstein, a. a. O.; Dalcke, § 2 Bem. 2a, S. 9.

[93]) so auch Becker, DJ 37, 458; vgl. auch Siegert, JW 35, 891 N. 15; wie RG Dalcke, § 2 Bem. 2a, S. 10; Goedel, DJ 38, 590 (III 1). RG JW 37, 1792 Nr. 28 ließ es genügen, wenn der Angeklagte die Versicherung einer Prozeßpartei zum Zwecke der Weiterleitung an das Gericht gab: das liegt in der Richtung der hier vertretenen Ansicht.

Schwur vor irgend einer privaten Person. Die Niederschrift bezeugt daher auch nicht, daß ein Eid geschworen, sondern nur, daß eine Aussage gemacht wurde. Die Abschrift einer eidesstattlichen Versicherung dagegen gibt wortgetreu wieder, was in der Urschrift steht und kann im Ergebnis die gleiche Wirkung äußern wie die Urschrift: es wird ihr Glauben geschenkt[94]). Dann erfordert aber das Rechtsbewußtsein, daß auch der Strafschutz der gleiche ist.

2. Die rechtlich unstatthafte eidesstattliche Versicherung.

Mit entsprechender Begründung hat das OLG Kiel, Ss 55/36, die Strafbarkeit eines Angeklagten bejaht, der als Beschuldigter eines Strafverfahrens, um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen eine Fristversäumung zu erreichen, wissentlich falsche Angaben eidesstattlich versichert hatte. Es sei eine weitverbreitete Übung der Strafgerichte, eidesstattliche Versicherungen von Beschuldigten bei Wiedereinsetzungsanträgen entgegenzunehmen und ihnen zu glauben; die Rechtspflege müsse daher auch hier geschützt werden.

Die Entscheidung ist zutreffend. Das RG hat bisher grundsätzlich ausgesprochen, daß im Strafverfahren eidesstattliche Erklärungen unstatthaft seien, wenn sie ausgehen vom Beschuldigten, oder wenn sie von dritten Personen ausgehen und die Schuldfrage betreffende Tatsachen bekunden[95]). Die eidesstattliche Versicherung des Beschuldigten, der die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erreichen will, muß daher als unstatthaft angesehen werden; sie unterfällt daher auch nicht dem § 156 StGB. Sie verdient aber, wenn sie wissentlich falsch abgegeben wurde, nach gesundem Volksempfinden und nach dem Grundgedanken des Gesetzes Strafe. Der Beschuldigte soll zwar im heutigen — und wohl auch im künftigen — Strafprozeßrecht nicht gezwungen sein, gegen sich auszusagen, aber er darf auch nicht berechtigt sein, durch unwahre Angaben die Rechtspflege irre zu führen.

§ 19.

Falsche Anschuldigung. § 164 StGB.

I. Die nach Absatz 1 erforderliche Absicht.

Die Strafrechtsnovelle vom 26. Mai 1933 hat den § 164 StGB völlig neu gefaßt, um mit ihm eine wirksame Waffe gegen das im Gefolge des nationalsozialistischen Umbruchs aufwuchernde Denunziantentum zu bekommen. Deshalb wurde der Bereich des Strafbaren auf der Seite des objektiven Tatbestandes wesentlich erweitert, hat aber als Gegengewicht eine Verengung auf der subjektiven Seite insofern geschaffen, als sie die falsche Anschuldigung nur mehr für strafbar erklärte, wenn

---

[94]) Sie vertritt im Rechtsverkehr die Urschrift.

[95]) E. 57, 53 vom 11. April 1922; E. 58, 147 vom 10. April 1924; E. 62, 119 vom 30. März 1928.

sie in der Absicht erfolgte, gegen den Verdächtigten „ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen ihn herbeizuführen oder fortdauern zu lassen". Früher genügte insoweit der bloße Vorsatz, auch in der Form des bedingten Vorsatzes[96]), heute ist jene Absicht Tatbestandsmerkmal[97]).

Das RG hat daher auch mit Recht den Versuch zurückgewiesen, auf dem Wege über § 2 StGB dieses Absichts-Erfordernis wieder abzuschwächen. Es widerspricht dem im Gesetz deutlich zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers, wollte man bloßen (bedingten) Vorsatz genügen lassen[98]).

II. Irreführende Anzeigen.

Die vorgenannte Entscheidung leitet über zu der umstrittenen Frage, ob nach § 164 StGB auch bestraft werden könne, wer nicht einen bestimmten anderen fälschlich beschuldigt, sondern sich selbst oder unbestimmte andere Personen. Es handelt sich dabei um die Fälle der „erdichteten" Straftaten oder der sog. „irreführenden Anzeigen"[99]). Auch der erwähnten Entscheidung lag eine „erdichtete" Straftat zugrunde, die, wie der Angeklagte natürlich wußte, überhaupt nicht geschehen war. Die Fälle sind durchaus nicht selten, in der Tagespresse ist sogar sehr häufig von ungetreuen Angestellten oder Beamten zu lesen, die, um etwa eigene Unterschlagungen oder Veruntreuungen zu verdecken, einen Raubüberfall oder ähnliches vortäuschen[100]). Derartige Anzeigen zwingen die Behörden zu umfangreichen, kostspieligen Ermittlungen — die ergebnislos sein müssen — also zu behördlichem Leerlauf, zu zweck- und sinnloser Vergeudung von Volksvermögen; sie bringen oft zahlreiche Unschuldige in Verdacht, wohl auch in Haft oder in ein Strafverfahren; endlich führen sie meist eine erhebliche Beunruhigung der Bevölkerung, besonders in ländlichen Bezirken, herbei[101]).

Das RG hat in obiger Entscheidung aus den schon erwähnten Gründen die Verurteilung abgelehnt, zu der Frage aber nicht Stellung genommen, ob § 164 StGB. auf die Fälle der irreführenden Anzeigen anwendbar sei. Diese Frage hat in 4 D 510/36 der 4. Senat behandelt und verneint[102]), dem der 5. Senat in 5 D 514/37 „in vollem Umfang" beigetreten ist[103]), während der 1. Senat in jenem Urteil ausdrücklich

---

[96]) vgl. Frank, § 174 III 3.

[97]) vgl. RG 3 D 1213/34 (JW 35, 864 Nr. 14).

[98]) 1 D 243/37; zustimmend: Kohlrausch, § 2 VII 7 c; Dalcke, § 164 Bem. 91 a.

[99]) Mezger, Lehrbuch, S. 63; Zusammenstellung der neuen Rechtsprechung bei Bepler, JW 38, 1553, 1558 f.

[100]) über einen Fall aus der englischen Gerichtspraxis berichtet Schönke, DJ 37, 1613, 1614 unter I.

[101]) lehrreich in dieser Hinsicht die unten zu erwähnende Entscheidung des LG. Bayreuth. Dazu vgl. SchG Nürnberg Ms 73/37.

[102]) DJ 37, 155 m. Anm. Dohnanyi; Schäfer, JW 37, 381.

[103]) ZAkDR 37, 696 m. Anm. Klee.

offen gelassen hatte, ob dem 4. Senat gefolgt werden könne. Der vom 4. Senat entschiedene Fall lag so: Der Angeklagte war Schrankenwärter der Reichsbahn. In einer dienstlichen Meldung berichtete er an eine vorgesetzte Stelle, er habe auf eine näher geschilderte Weise einen Anschlag auf einen D-Zug durch seine Aufmerksamkeit verhindert. Die Meldung veranlaßte umfangreiche bahnpolizileiche Erhebungen, die ergebnislos bleiben mußten, weil die Meldung falsch war. Der Angeklagte hatte sie erstattet, um sich bei seinen Vorgesetzten in ein gutes Licht zu setzen.

Das RG stellt zunächst fest, daß § 164 StGB auf die Tat des Angeklagten nicht unmittelbar anwendbar sei. Das wird nicht bezweifelt werden können, da § 164 seinem unzweideutigen Wortlaut nach fordert. daß der Täter „einen anderen", also eine bestimmte, vorhandene und erkennbare, also verfolgbare Person verdächtigt. Das war hier nicht geschehen[104]).

Das RG will § 164 StGB aber auch nicht entsprechend anwenden[105]). Die Gründe sind kurz folgende:

1. Schon vor dem RStGB hätten verschiedene deutsche Landesstrafrechte auch die nicht gegen eine bestimmte Person gerichtete falsche Anzeige unter (Übertretungs-) Strafe gestellt. Der Gesetzgeber des RStGB habe das Problem also gekannt, habe sich aber darauf beschränkt, die wissentlich falsche Anschuldigung einer bestimmten Person unter Strafe zu stellen. Das sei mit Vorbedacht geschehen, „weil man derartige Anzeigen wohl für verwerflich, aber ihre kriminelle Bestrafung nicht für erforderlich hielt". Das lasse auch die Begründung zum Entwurf 1909 erkennen.

Die späteren Entwürfe hätten für diese Fälle besondere Tatbestände und Strafdrohungen vorgesehen.

2. Auch der nationalsozialistische Gesetzgeber habe, als er den § 164 StGB neu faßte, „durchwegs an dem Erfordernisse festgehalten, daß die Verdächtigung, um strafbar zu sein, gegen einen anderen, also gegen eine bestimmte Person richten müsse". Auch das könne nur mit Vorbedacht geschehen sein. Das ergebe sich auch daraus, daß die amtliche Strafrechtskommission eine besondere Strafvorschrift für erforderlich halte. Der Gesetzgeber habe also die ihm bekannte Gesetzeslücke bewußt nicht geschlossen.

3. Auch das Gesetz selbst lasse die Beschränkung deutlich erkennen: Einmal fordere § 164 StGB die Absicht des Täters, gegen den fälschlich Beschuldigten ein behördliches Verfahren herbeizuführen; zum andern

---

[104]) Leipz. Komm. § 164 Anm. 2; Olshausen Nachtr. S. 167; Schäfer, DJ 36, 1614.

[105]) zustimmend: Erler, DGWR 37, S. 243; Mezger, ZAkDR 38, 119; Schwarz, GS 110, 369; StGB § 2 Bem. 3 B a; Goedel, DJ 38, 591 (III 6, 11, 13); dagegen außer den zitierten K. Schäfer, Dohnanyi, Klee, Schönke auch Braun, Arch f Krim 1937, S. 260; Dalcke, § 164 Bem. 87, S. 138; Rejewski, S. 60 ff.

setze § 165 StGB, der die Zuerkennung der Veröffentlichungsbefugnis an den Verletzten zwingend vorschreibt, einen solchen Verletzten voraus.

4. Der Grundgedanke, das Wesen der falschen Anschuldigung bestehe nicht in einer Schädigung der Rechtspflege durch Vortäuschung strafbarer Handlungen schlechthin, sondern in einem Mißbrauch der Rechtseinrichtungen zur Verfolgung Unschuldiger.

5. Endlich führe die entsprechende Anwendung notwendig zu der Folgerung, daß auch die nur vorsätzliche oder leichtfertige Vortäuschung einer Straftat, schließlich auch die Vortäuschung einer nur dienststrafrechtlich zu ahndenden Handlung, ja sogar die nicht einer Behörde, sondern nur der Öffentlichkeit gegenüber erfolgte Vortäuschung bestraft werden müßte. Dafür sei aber die aus § 164 StGB zu verhängende Strafe zu hart.

Zu diesen Argumenten des RG ist zu sagen:

1. Was der Wille des Gesetzgebers des RStGB gewesen ist, ist für die heutige Rechtsanwendung höchstens insoweit maßgebend, als er aus dem Gesetz selbst bindend zu entnehmen ist. Wenn freilich das RG meint, der damalige Gesetzgeber habe solche Taten zwar für verwerflich, ihre kriminelle Bestrafung aber nicht für erforderlich gehalten und sie deshalb absichtlich straflos gelassen, so können gewisse Zweifel nicht unterdrückt werden. Das RG beruft sich zur Begründung seiner Auffassung über den Grundgedanken des § 164 StGB auf eine Entscheidung des 3. Senats aus dem Jahre 1912, E. 46, 85[106]), die sich mit der Frage zu befassen hatte, ob landesrechtliche Vorschriften, die die Anzeige erdichteter Straftaten unter Strafe stellen, gemäß § 2 EGStGB noch gültig seien. Die Frage wurde bejaht: Die Materie der falschen Anschuldigung erstrecke sich nicht auf Handlungen, die keine Anschuldigung einer bestimmten, verfolgbaren Person enthielten. Den landesrechtlichen Vorschriften liege der Gedanke der öffentlichen Ordnung zugrunde, sie richteten sich gegen die Irreführung der Beamten und Behörden, die vor boshaften und aus der Luft gegriffenen Anzeigen geschützt und nicht zu einer Tätigkeit veranlaßt werden sollten, deren Nutzlosigkeit von vornherein feststehe.

Zweifel müssen hier vor allem bestehen, ob diese Ansicht mit der Erwägung in Einklang zu bringen ist, daß der Gesetzgeber des RStGB diese Fälle bewußt straflos lassen wollte. Dann würden sich ja jene landesrechtlichen Vorschriften mit dem Willen des Reichsgesetzgebers in Widerspruch gesetzt haben, also ungültig sein.

2. Nun beruft sich der 4. Senat aber auch auf den Willen des nationalsozialistischen Gesetzgebers, der bei der Neufassung des § 164 StGB im Mai 1933 trotz der vorliegenden Strafgesetzentwürfe und der ihm bekannten bisherigen Rechtsprechung die fraglichen Fälle nicht geregelt habe, vielleicht, weil er die Frage nicht für vordringlich hielt und bis zur allgemeinen Neuregelung des Strafrechts zuwarten wollte.

---

[106]) dazu Mezger, Lehrbuch, S. 63.

Unserer Grundauffassung nach würde auch die Berufung auf den Willen des heutigen Gesetzgebers nicht durchschlagen, soweit er nicht Wille des Gesetzes ist. Zutreffend sagt Schäfer in Übereinstimmung mit Dohnanyi, der Gesetzgeber habe mit der Novelle 1933 seinerzeit nur einige wenige dringlich hervorgetretene Bedürfnisse des Tages unter Beschränkung auf das unbedingt Notwendige befriedigen wollen. Der Wille des Gesetzgebers sei also nicht etwa dahin gegangen, die Bestrafung der irreführenden Anzeige zu verbieten. Er habe vielmehr die Gesetzeslücke bewußt offen gelassen; daraus dürfe aber nicht auf ein Analogieverbot geschlossen werden. „Den Gesetzgeber können bei seiner negativen Entschließung etwa auch zeitlich bedingte Erwägungen geleitet haben, die mit einer grundsätzlichen Ablehnung der Strafwürdigkeit der Tat nicht in Verbindung gebracht werden dürfen"[107]).

Dem Hinweis des RG auf die Ansicht der amtlichen Strafrechtskommission, die in das künftige Gesetz eine besondere Strafbestimmung aufgenommen wissen will, wäre zunächst zu entgegnen, „daß die Aufstellung typischer Straftatbestände keineswegs ohne weiteres den Schluß rechtfertigt, daß ohne sie nicht das gleiche Ergebnis im Wege entsprechender Gesetzesanwendung erreicht werden könnte"[107]). Diese Auffassung würde überdies dahin führen, daß in all den Fällen die Anwendung des § 2 StGB abgelehnt werden müßte, die das künftige Strafrecht ausdrücklich unter besondere Strafdrohung stellt[108]).

3. Das RG leitet seine Auffassung, wenn auch nicht ausdrücklich, auch aus dem Gesetz selbst her.

§ 164 StGB fordert die Absicht des Täters, gegen den Verdächtigten behördliche Maßnahmen herbeizuführen. Das scheint nun freilich vorauszusetzen, daß der Täter auch eine bestimmte Person wenigstens so genau bezeichnet, daß gegen sie behördliche Maßnahmen ergriffen werden können. Der in JW 37, 2384 Nr. 40 nur kurz mitgeteilte Rechtssatz aus 3 D 330/37 scheint dieses Erfordernis aber schon aufzulockern, wenn er sagt: „Dabei wäre es ohne Bedeutung, ob der Täter dem andern, den er bezichtigt, genau bezeichnet oder nicht". Wodurch unterscheidet sich aber ein ungenau bezeichneter Anderer von einem unbestimmten Anderen? Der Schrankenwärter des RG-Falles wollte, daß gegen die zwei Männer, die er angeblich bei der Vorbereitung des Attentats überraschte, behördliche Maßnahmen gerichtet würden — das wurde nicht dadurch ausgeschlossen, daß diese zwei Männer vielleicht überhaupt nicht existierten. Abgesehen davon aber wird im weiteren Verlauf noch zu untersuchen sein, ob diese Richtung gegen einen bestimmten Anderen das Wesen der falschen Anschuldigung ausmacht.

Die von § 165 StGB zwingend vorgeschriebene Zuerkennung der Veröffentlichungsbefugnis an den Verletzten dürfte kaum zu der Folgerung zwingen, daß ein Verletzter auch da sein müsse. Diese Vorschrift

[107]) Dohnanyi a. a. O.
[108]) im Ergebnis ebenso Rejewski S. 62.

setzt einen Verletzten nur voraus und zwingt allerdings, wenn ein Verletzter da ist, diesem die Veröffentlichungsbefugnis zuzuerkennen, verliert aber selbstverständlich die Bedeutung, sobald ein Verletzter fehlt.

4. Trifft der Grundgedanke des § 164 StGB auf irreführende Anzeigen zu? Das RG vertritt schon seit jeher die Auffassung, daß es sich in der „falschen Anschuldigung“ um ein Delikt gegen die Rechtspflege handle[109]). Das ist auch in neueren Entscheidungen nicht außer Acht gelassen; nur sagt das RG — und das kann nicht ohne weiteres von der Hand gewiesen werden — § 164 wolle die Rechtspflege nicht schlechthin gegen Gefährdung schützen, sondern nur gegen den Mißbrauch zur Verfolgung Unschuldiger; das RG verlangt also sozusagen eine „innere“, materielle Gefährdung der Rechtspflege, wie sie aus einer sachlich ungerechtfertigten Verfolgung entsteht. Daher ist für unsere Fälle nichts gewonnen, wenn man erkannt hat, daß der Zweck des § 164 auch Behördenschutz ist[110]).

Unvoreingenommene Betrachtung des § 164 StGB kann nicht übersehen, daß in der Tat die Richtung gegen andere das Wesen der „falschen Anschuldigung“ ausmacht. Es ist nicht so, wie Dohnanyi unter Berufung auf Schäfer DJ 36, 1615 meint, daß der Angriff auf den fälschlich Bezichtigten nicht ein Tatbestandsmerkmal, sondern nur der Grund für die hohe Mindeststrafe des § 164 I StGB sei. Die Strafbestimmung des § 164 läßt sich nur dahin auslegen, daß Grundgedanke ist: einmal der Schutz des Angegriffenen gegen die falsche Bezichtigung, zum andern der Schutz der Behörden gegen irreführende, zu innerlich ungerechtfertigtem Einschreiten gegen Unschuldige führende Anzeigen. Das folgt aus den Worten „einen anderen“ und aus der nach Absatz 1 und 2 erforderlichen Absicht, gegen den Verdächtigten ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen herbeizuführen oder fortdauern zu lassen. Damit ist eine analoge Anwendung überall dort ausgeschlossen, wo diese Richtung gegen andere Personen fehlt — aber noch keineswegs in allen Fällen der „irreführenden Anzeige“. Es wird immer auf die Tatgestaltung des einzelnen Falles ankommen, ob die Richtung gegen andere vorhanden ist. Im „Schrankenwärter-Fall“ möchten wir sie annehmen[111]), da der Täter immerhin die Spur auf zwei Männer lenkte, die er angeblich gesehen und vertrieben hatte: Hier wurden die Machtmittel der Verfolgungsbehörden gegen Unschuldige eingesetzt, auch wenn ein eigentliches „Verfahren“ gegen sie nicht eingeleitet wurde; das genügt aber zur Vollendung des Vergehens aus § 164 StGB[112]). Ob dem Täter die „Absicht“ des Absatz 1 nachzuweisen war, ist lediglich Tatfrage.

---

[109]) vgl. E. 21, 101 mit historischen, E. 23, 371 mit systematischen Erwägungen, ferner E. 59, 34.

[110]) Kohlrausch, § 2 VII 7.

[111]) Anders im Fall I, wo sich der Täter nur interessant machen wollte.

[112]) Auch wer den Verdacht von sich weg und die Verfolgung auf andere Spuren lenken will, hat die Absicht des § 164: E. 69, 173; vgl. Dalcke, S. 164 Bem. 91 a.

Die Grenzen des Wortlautes des § 164 und damit seiner unmittelbaren Anwendbarkeit sind damit bereits überschritten. Denn dort ist — wie die Rechtsprechung zutreffend ausgelegt hat — erfordert, daß ein „bestimmter“ Anderer angeschuldigt wird; in unseren Fällen fehlt es hieran. Die Richtung gegen andere bleibt aber erhalten.

Die falsche Selbstbezichtigung kann nach der hier vertretenen Ansicht allerdings nicht bestraft werden[113]).

5. Mit dieser Beschränkung der Fälle zulässiger Analogie verlieren aber zugleich auch die übrigen Bedenken des RG an Bedeutung. Es ist nicht einzusehen, warum nicht auch die nur vorsätzliche oder fahrlässige Vortäuschung einer Straftat der Bestrafung aus § 164 V StGB unterliegen soll, soweit nur die „Absicht“ aus Absatz 1 oder 2 vorlag. Daß die Strafe des § 164 StGB für diese Fälle zu hart sei, ist nicht zuzugeben. Mit Recht verweisen die Kritiker des RG auf die Möglichkeit, nach § 27 b StGB eine Geldstrafe auszusprechen.

In den Fällen der öffentlichen Vortäuschung einer Strafart freilich kann auch nach unserer Auffassung nicht nach § 164 StGB eingeschritten werden; denn hier fehlt ein wesentlicher Teil des Grundgedankens des § 164: Behördenschutz. In diesen Fällen wird aber wohl meistens eine Bestrafung wegen „groben Unfugs“ (Übertretung!) möglich sein.

Die Instanzgerichte haben die Bedenken des RG nicht geteilt und sind in allen bisher bekanntgewordenen Fällen zur Verurteilung gelangt:

1. LG Bayreuth, Ns 55/36: Der Angeklagte hatte — nach den Feststellungen des Erstrichters — einen Überfall auf sich vorgetäuscht, andere Personen wissentlich der Wahrheit zuwider der Täterschaft bezichtigt, „mit einer kaum zu überbietenden Dreistigkeit die Polizeibeamten angelogen“; andere Personen wurden als Beschuldigte vernommen. Auch das Berufungsgericht stellt tatsächlich fest, daß der Angeklagte „ein behördliches Verfahren gegen der Tat verdächtige und seiner Beschreibung entsprechende Personen herbeiführen wollte“. Sowohl der Erstrichter wie das Berufungsgericht haben nach §§ 2, 164 StGB verurteilt.

2. LG Erfurt, S 1 K Ms 3/36[114]): Hier hatte der Angeklagte Gelder der ihm anvertrauten Kasse unterschlagen. Um eine Entdeckung zu vermeiden, täuschte er einen Einbruchdiebstahl vor und erstattete selbst Anzeige. Die Polizei entdeckte aber keine Einbruchsspuren und erstreckte daher den Kreis ihrer Nachforschungen von vornherein nur auf die Angestellten der betr. Firma. Das Gericht stellte fest, daß der Angeklagte das auch wußte und daß er die in seinem Betrieb beschäftigten Leute namentlich angab. Zutreffend führt das Urteil aus, der Angeklagte sei sich bewußt gewesen, daß seine Anzeige Vernehmung von Unschuldigen, ja sogar Haussuchungen bei solchen zur Folge haben würde. „Seine Anzeige geschah in der Absicht, ein behördliches Verfahren her-

---

113) So auch Dalcke, § 164 Bem. 87.
114) Anm. Dohnanyi in DJ 37, 160.

beizuführen. Es ist nicht erforderlich, daß die Einleitung des Verfahrens der einzige Zweck der Verdächtigung sein muß. Auch wer die behördliche Verfolgung auf die Spur eines anderen lenkt, um den Verdacht von sich abzuwenden, handelt in der Absicht, ein behördliches Verfahren gegen den anderen herbeizuführen"[115]).

3. Im Falle des LG Guben, 2 K Ls 27/36, hatte der Angeklagte nachts einen Straßenraub begangen, dabei aber sein Fahrrad zurückgelassen. Um nicht durch das Rad verraten zu werden, erstattete er am Morgen bei der Polizei Anzeige gegen Unbekannt wegen Fahrraddiebstahls. Dabei machte er nähere Angaben über den „Unbekannten", indem er „ziemlich genau" dessen Aussehen und Bekleidung beschrieb. Sowohl der angebliche Diebstahl wie die Beschreibung des angeblichen Täters waren frei erfunden. „Der wahre Sachverhalt stellte sich jedoch bald heraus; Maßnahmen gegen Unschuldige waren nicht ergriffen worden." — Wir möchten auf Grund obiger Grundsätze auch hier bestrafen: die Absicht des Angeklagten, ein behördliches Verfahren gegen andere herbeizuführen, ist ganz unverkennbar; er will erreichen, daß die Polizei den „Täter" sucht.

4. Ein vierter Fall ist der vom Schöffengericht Verden/Aller, 2 Ms 3/37, entschiedene. Dort hatte eine ältere Witwe, die von einem jungen Mann schwanger war, um sich nicht dem Gespött der Nachbarn auszusetzen, Anzeige erstattet, daß sie, als sie allein zuhause gewesen sei, von einem Unbekannten vergewaltigt worden sei. Diese Entscheidung ist außerdem bemerkenswert dadurch, daß eine Geldstrafe von RM 50.— ausgesprochen wurde.

5. Die jüngste bekanntgewordene Entscheidung ist die des SchG. Nürnberg, Ms 73/37. Der Angeklagte war Bürodiener; um eine Veruntreuung zu verdecken, hatte er sich selbst geringfügige Verletzungen beigebracht und seiner Frau erzählt, er sei überfallen und beraubt worden. Dieselbe genaue Schilderung des Überfalls-Hergangs machte er dann in einer Gastwirtschaft vor den Gästen und vor dem herbeigerufenen Gendarmeriebeamten. Dieser durchschaute aber die List des Angeklagten.

§ 20.

Tötungsdelikte.

I. Mord, § 211 StGB.

Das Recht des RStGB legt den Unterschied zwischen dem mit absoluter Todesstrafe bedrohten Mord (§ 211) und dem nur mit Freiheitsstrafe bedrohten Verbrechen des Totschlags (§ 212) lediglich in die subjektive Seite: Mord ist der mit Überlegung ausgeführte Totschlag[116]).

---

[115]) nach DStrR 5, 68, 70 hat das LG Erfurt in einer späteren Entscheidung Ms 44/37 vom 2. Nov. 1937 entgegen dem RG an seiner Meinung festgehalten.

[116]) vgl. näher v. Hentig, JW 35, 3105 Nr. 14 Anm.

Den Ausschlag gibt nach geltendem Recht die Intensität des Vernichtungswillens. In diesem Sinne besteht das „Wesen“ des Mordes gerade in der Überlegung[117]). Das ist in allen Fällen zu beachten, wo an eine analoge Anwendung des § 211 gedacht wird; die Wesensart eines Tatbestandes (sein Grundgedanke) darf im Wege des § 2 StGB nicht abgewandelt werden[118]).

Der Entscheidung des RG 4 D 943/36 ist daher zuzustimmen, wenn sie den Versuch des schwurgerichtlichen Urteils ablehnt, den Angeklagten deshalb mit dem Tode zu bestrafen, weil er „durch seine Tat ein wertvolles Menschenleben vernichtet“ und eine „gräßliche“ Tat begangen habe, ohne im einzelnen mit aller Sorgfalt zu prüfen, ob er mit „Überlegung gehandelt hatte. Das sei — so meint das Urteil des RG — zweifach bedenklich: Weder darf § 2 StGB den Tatrichter der sorgfältigen Tatfeststellung überheben, noch kann das Tatbestandsmerkmal der „Überlegung“, das völlig auf der subjektiven Seite liegt, durch objektive Kriterien ersetzt werden[119]).

II. Versuch der Tötung auf Verlangen. §§ 216, 43 StGB.

Die h. M. sieht in § 216 StGB ein Sonderdelikt gegenüber den anderen Tötungsfällen und muß demnach Straflosigkeit des Versuchs zu diesem Vergehen annehmen (§ 43 II StGB). Auch die hiervon abweichende Meinung[120]) muß dazu kommen, den Versuch zu dem Vergehen für straflos zu halten, da durch den besonders genannten Strafmilderungsgrund des „Verlangens“ der Deliktscharakter vom Verbrechen zum Vergehen geändert wird[121]), der Versuch aber nicht ausdrücklich für strafbar erklärt ist. Man mag welcher Auslegung immer folgen: die Folgerung für die Versuchsstrafbarkeit bleibt stets die gleiche. Es liegt eine vom Gesetz (in § 43) bewußt gezogene Grenze der Strafbarkeit vor, die der Richter auch nicht nach § 2 StGB überschreiten darf. So hat auch das RG 5 D 997/36 entschieden[122]).

Anlaß zu dieser Entscheidung gab das Urteil des LG Meiningen, 1 KLs 28/36, das in I. Instanz entgegengesetzt entschieden hatte. Es handelte sich offenbar um einen Doppelselbstmord, bei dem aber der Schuß des Angeklagten auf die Geliebte nicht den erwarteten tödlichen Erfolg hatte. Zu einer Verurteilung wegen Körperverletzung sah sich das LG in betontem Gegensatz zu E. 28, 200 (Ver. Str. Sen.) nicht im Stand[123]),

---

117) damit will sachlich nichts gegen Schwinge-Zimmerl, Wesensschau, S. 52 gesagt sein.

118) Brinkmann, DJ 35, 1587.

119) zustimmend: Schäfer, JW 37, 1328 Nr. 19 Anm.; Dalcke § 2 Bem. 2a, S. 10; Gleispach, ZAkDR 37, 182 f.

120) Frank, § 216 III.

121) dazu Mezger, Lehrbuch, S. 99.

122) zustimmend: Schwarz, Anhang zu § 2 Bem. IV 1 B.

123) wobei es aber übersah, daß das RG selbst seine frühere Meinung nicht mehr ganz aufrechterhalten hat: E. 61, 375; dazu vgl. Mezger, Lehrbuch, S. 408 m. Nachw.; Oetker, JW 35, 1415 Nr. 13 Anm.

da es aber eine Bestrafung des Angeklagten durch das gesunde Volksempfinden nach heutiger Rechtsauffassung für geboten hält, glaubt es den Grundgedanken „der §§ 43 I, 211, 212“ darin sehen zu müssen, „daß auch schon der Versuch der Vernichtung fremden menschlichen Lebens und insbesondere des Lebens eines anderen Volksgenossen Strafe verdient“. Dieser Beweisführung des LG ist freilich zum mindesten insoweit zuzustimmen, als wir heute nicht mehr deshalb in der Tötung auf Verlangen eine mildere Form der Tötung zu sehen vermögen, weil „die Tötung in dem Willen des Getöteten selbst ihren letzten Grund gehabt habe und sich deshalb nur (!) als eine Verletzung des öffentlichen Interesses, nicht aber als ein Eingriff in das Recht des Individuums darstellt“[124]). Indessen übersieht das LG doch, daß der Grundgedanke der Tötungsdelikte im geltenden Recht ein anderer ist als der von ihm angenommene[125]) und daß auch ein nationalsozialistisches Strafrecht Grund haben kann, Tötung auf Verlangen milder zu beurteilen[126]). Daraus ergeben sich aber Folgerungen für die Bestrafung des Versuchs. Für das geltende Recht jedenfalls wird der Entscheidung des RG zugestimmt werden können.

III. Selbstmord, Selbstmordversuch und Teilnahme daran.

Dem Urteil des RG 3 D 244/36 (E. 70, 313) lag folgender Vorfall zu Grunde: Der Angeklagte hatte einer Frau geholfen, ihr Leben durch Erhängen zu beendigen, indem er ihr die Schlinge geknotet und den Strick um eine Zaunlatte geschlungen hatte. Er kannte das Vorhaben der Frau und wollte ihren Selbstmord unterstützen.

Das RG billigt die Freisprechung, indem es davon ausgeht, daß der Selbstmord der Frau keine strafbare Handlung sei, nach geltendem Recht aber nur Beihilfe zu einer strafbaren Tat selbst strafbar sei. (§ 49 StGB). Die Bestimmungen des StGB über Tötungshandlungen beruhten auf dem Grundgedanken, daß die Tötung eines anderen, die Vernichtung fremden Lebens verboten sei, während die Bestrafung der Selbsttötung oder der Beihilfe dazu auf den Gedanken zurückgeführt werden müßten, daß auch die Vernichtung des eigenen Lebens der Strafe würdig sei. Der Grundgedanke der geltenden Strafbestimmungen stehe der entsprechenden Anwendung auf Grund des § 2 n. F. entgegen[127]).

Die Strafbarkeit des Selbstmords läßt sich aus dem geltenden Recht nicht begründen, auch nicht mit Hilfe des § 2 StGB. Weimar[128]) unternimmt den Versuch, die Strafbarkeit aus § 142 StGB zu begünden; darnach wird bestraft, wer sich vorsätzlich durch Selbstverstümmelung oder auf andere Weise zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht oder durch einen anderen untauglich machen läßt. Weimar will diese

[124]) so das Preuß. Ob. Trib. bei Oppenhoffs Rspr. 19, 175.
[125]) darüber sogleich in III.
[126]) vgl. Gürtner II 375.
[127]) zustimmend: Becker, DJ 37, 457; Mezger, ZAkDR 38, 119.
[128]) DJZ 36, 174.

Vorschrift gemäß § 2 auch dann angewendet wissen, wenn der Täter sich zur Erfüllung irgend einer anderen Gemeinschaftspflicht untauglich macht, z. B. der Arbeitsdienstpflicht, Luftschutzpflicht, Steuerpflicht. Diese seien nur konkretisierte Pflichten aus dem Kreis der jeden Volksgenossen treffenden Pflicht zu gemeinschaftsmäßigem Verhalten. Dazu gehöre die Erhaltung der Lebens-, Arbeits- und Wehrkraft.

Das ist abzulehnen[129]). Einmal wird hier der „Grundgedanke" des § 142 StGB unzulässig verallgemeinert: jede Straftat ist letzten Endes eine Verletzung von Gemeinschaftspflichten. Der Ausdehnung stehen auch systematische Bedenken entgegen: § 142 StGB steht in engstem Zusammenhang mit anderen nur die Wehrpflicht betreffenden Vorschriften (§§ 140—141 a, 143, 143 a); er wurde durch die Novelle vom 28. Juni 1935 mit anderen das Wehrrecht betreffenden Vorschriften aus Anlaß der Wiedereinführung der allgemeinen Wehrpflicht neu gefaßt. Schließlich erheben sich Bedenken sachlicher Art: Die Tat des § 142 kann nur von einem Wehrpflichtigen begangen werden, also nur von einem Mann, und nur, solange dessen Wehrpflicht dauert; die Vorschrift enthält also persönliche und zeitliche Grenzen, die bei der Bildung einer „Gemeinschaftspflicht" nicht übergangen werden dürfen.

Hinter der Entscheidung des RG erhebt sich die weitere Problematik der Teilnahmelehre, die in Wahrheit eine solche der Fassung des Täterbegriffs ist[130]). Je nach dem, ob man den Täterbegriff restriktiv oder extensiv, im Sinne einer Übergewichts- oder Gleichgewichtstheorie auffaßte, kam man schon bisher zur Bejahung der Strafbarkeit des Selbstmord-Gehilfen[131]). Die richtige Lösung des Problems findet man aber weder aus der Kausalitäts- noch aus der Teilnahmelehre, sondern nur, wenn man darüber Klarheit gewonnen hat, daß der Grundgedanke der Tötungsdelikte nicht die Verursachung des Todes überhaupt, auch nicht die Vernichtung fremden Lebens schlechthin umfaßt[132]), sondern nur die „Verursachung des Todes einer Person, die nicht bis zum letzten Augenblick selbst im Besitze der eigenen freien Entscheidung über Tod und Leben gewesen ist"[133]). Von diesem Grundgedanken aus muß aber der Selbstmord, der Selbstmordversuch und die Teilnahme hieran in jeder Form straflos bleiben: der Selbstmörder entscheidet in jedem Fall bis zuletzt selbst über sein Leben.

Das RG mußte auf Grund seiner (restriktiv) subjektiven Teilnahmetheorie zu einer Verneinung der Strafbarkeit kommen: da der Angeklagte die Tat nicht als eigene gewollt hatte, schied eine Strafbarkeit

---

[129]) so auch Schwarz, ZAkDR 36, 289.

[130]) statt vieler: vgl. Hegler, DJR 32, 273 ff.; Mezger ZStrW 52, 529 ff.

[131]) z. B. Hegler a. a. O.; Kohler GA 49, 6 ff.; 53, 385 ff.; Frank, § 216 I; v. Liszt-Schmidt, § 85 I.

[132]) wie Dalcke, § 2 Bem. 2 a, S. 9 meint.

[133]) Mezger, Lehrbuch, S. 416 f.; 430 N. 12; 426 N. 3 a. E. Rejewski, S. 67 f. sieht mit dem RG den Grundgedanken der Tötungsdelikte in der Vernichtung fremden Lebens; für den Gehilfen des Selbstmörders ist das vernichtete Leben aber ein fremdes!

aus § 216 StGB aus[134]); er handelte nur mit Gehilfenvorsatz. Da die Haupttäterin aber nicht tatbestandsmäßig handelte, konnte Teilnahme im Rechtssinn nicht in Betracht kommen.

Im Ergebnis ist jedenfalls dem RG zuzustimmen.

§ 21.

Die Strafbarkeit von Organen juristischer Personen.

I. In mannigfacher Weise bedrohen insbesondere handels- und wirtschaftsrechtliche Gesetze die Organe von Gesellschaften und anderen Verbänden mit Strafen für die Verletzung der ihnen im Interesse der Verbandsmitglieder oder der Gläubiger oder der Öffentlichkeit auferlegten Pflichten. Da diese Vorschriften von „Vorstandsmitgliedern" oder „Geschäftsführern" oder „Liquidatoren" usw. sprechen, setzen sie voraus, daß solche Organe rechtswirksam bestellt sind; wer auf Grund einer aus zivilrechtlichen Gründen nichtigen Bestellung zum Vorstandsmitglied einer A. G. berufen wurde, ist nicht Vorstandsmitglied geworden. Das RG hat gleichwohl schon frühzeitig in „ausdehnender Auslegung" solcher Vorschriften einen Angeklagten konkursstrafrechtlich wie ein Vorstandsmitglied einer eingetragenen Genossenschaft behandelt, obwohl seine Wahl fehlerhaft gewesen, er daher nicht Vorstandsmitglied (im zivilrechtlichen Sinne) geworden war (E. 16, 269; vgl. auch E. 64, 81). Es hat die Begründung darin gefunden, daß der Angeklagte dem Rechtsschein nach Vorstandsmitglied geworden und als solches „in Funktion" getreten war. Andererseits hat es das RG aber abgelehnt, solche Strafbestimmungen auf Personen anzuwenden, die nur tatsächlich die Funktionen der Organe ausübten, ohne (wirksam oder unwirksam) als Organe bestellt worden zu sein (5 D 95/35 betr. §§ 244 KO., 148 Nr. 2 Gen.G.), oder die, ihres Postens als Organe enthoben, die Geschäfte noch fortführten (1 D 1461/33 betr. §§ 312, 314 Nr. 1 HGB, 239 Nr. 4, 244 KO). Das RG rechtfertigt seine Rechtsprechung in der letztgenannten Entscheidung mit der Erwägung, es sei in jenen Fällen (gemeint die oben erwähnten E. 16, 269; 64, 81) davon ausgegangen worden, „daß der die Tätigkeit des Vorstandes Ausübende die rechtliche Stellung des Vorstandsmitglieds haben und auf dieser Grundlage tätig werden sollte und auch tätig wurde. Anders ist dagegen die Rechtslage, wenn sich ergibt, daß dem Angeklagten diese rechtliche Stellung ausdrücklich entzogen wurde und er nur an Stelle des wirklich vorhandenen, in jenen Fällen jedoch fehlenden Vorstandes seine Tätigkeit ausgeübt hat". Das RG ergänzt und erläutert diese Gedankengänge, wenn es in 5 D 95/35 a. E. ausführt: „Dieser Gedanke, der schon durch die praktische Erwägung gerechtfertigt ist, daß irgend jemand vorhanden sein

---

[134]) vgl. JW 21, 579; in obigem Urteil traten hierzu noch weitere, hier nicht interessierende Gründe.

muß, der für die Erfüllung der der Aktiengesellschaft obliegenden Pflichten verantwortlich ist, kann nicht dazu führen, neben oder an Stelle des vorhandenen Vorstands andere strafrechtlich haftbar zu machen".

1. Diese Begründung erscheint jedenfalls als „ausdehnende Auslegung" bedenklich und erst unter der Geltung des § 2 StGB ist eine bessere Begründung möglich. In 5 D 927/36 war der Sachverhalt der: als Geschäftsführerin der G. m. b. H. war eine 67jährige alte Frau eingetragen, die keinerlei kaufmännische und fachliche Kenntnisse hatte, wie das Urteil sagt: „von der Geschäftsführung der Gesellschaft nicht die geringste Ahnung hatte". Sie kümmerte sich denn auch nicht um die Vorgänge im Geschäft. Die tatsächliche Geschäftsführung lag in den Händen der Angeklagten, die aber formell nicht Geschäftsführer, sondern nur Prokuristen waren. Sie leiteten in Wahrheit die Geschicke der Gesellschaft. In dieser Eigenschaft hatten sie die Handelsbücher der Gesellschaft so unordentlich geführt, daß sie keine Übersicht über den Vermögensstand der Gesellschaft gewährten, sie hatten die Bücher sogar bewußt falsch geführt.

Das RG wäre auf Grund seiner oben kurz gestreiften früheren Rechtsprechung nicht in der Lage gewesen, hier die Angeklagten zu bestrafen. Denn sie waren zwar tatsächlich Geschäftsführer, aber es war eine eigentliche Geschäftsführerin vorhanden; war deren strafrechtliche Verantwortlichkeit ausgeschlossen (hier wegen mangelnden Verschuldens), so war eine strafrechtliche Erfassung der in Rede stehenden Verfehlungen ausgeschlossen. Denn die Angeklagten konnten auch nicht als Anstifter oder Gehilfen bestraft werden (E. 25, 42; 16, 277; 65, 415).

Das RG hat den ihm durch § 2 n. F. geöffneten Weg beschritten[135]). Es entspreche dem Grundgedanken des Gesetzes (§ 83 GmbHG i. Vbdg. mit § 240 Nr. 3 KO), wenn die tatsächlichen Leiter der Gesellschaft, die deren Geschicke allein bestimmt haben, zur Verantwortung gezogen würden. Das fordere auch das gesunde Volksempfinden. Dem kann beigestimmt werden, auch wenn man den Grundgedanken des Gesetzes nicht gerade dahin ausdrücken will, „daß eine Persönlichkeit strafrechtlich verantwortlich sein soll, wenn die Handelsbücher einer G.m.b.H. unrichtig und unordentlich geführt werden, sodaß sie keine Übersicht des Vermögenszustandes gewähren, vorausgesetzt, daß die Zahlungen eingestellt worden sind oder das Konkursverfahren eröffnet worden ist", sondern mehr dahin, daß diejenigen Personen, die für die Leitung der Gesellschaft nach innen und außen sichtbar bestellt und tätig sind, für die Sauberkeit der Geschäftsführung im Interesse der Gesellschaftsmitglieder, der Gläubiger und des Volksganzen strafrechtlich haftbar gemacht werden sollen, nicht so sehr damit Vergeltung geübt werden, sondern damit diese Personen unter dem Druck der Strafdrohung ständig auf die Erfüllung ihrer Pflichten bedacht seien. Der Gesetzgeber glaubte

[135]) zustimmend: Kohlrausch, § 2 VII 19, S. 40. Dalcke, § 2 Bem. 2 b S. 11; Schwarz, GS 110, 369, 372/73; Goedel, DJ 38, 593 (V 1).

wohl, ausreichend gesorgt zu haben, wenn er in den einschlägigen Bestimmungen jeweils die Organe der einzelnen Körperschaften aufzählte, an Fälle der vom RG entschiedenen Art hat er offenbar nicht gedacht; es bedarf aber keiner näheren Begründung, daß solche Fälle ebenfalls erfaßt werden können und müssen. Der § 244 KO, an den hier in erster Linie zu denken ist, bringt eine Ausdehnung der Strafvorschriften der §§ 239 ff. KO, indem er — „jedoch in völlig ungenügender Weise" (Wach, VDB 8, 71) — den Kreis der Täterpersönlichkeiten erweitert, da sonst „die Gläubiger sowie die Mitglieder der juristischen Personen der Leichtfertigkeit und den Umtrieben der Organe preisgegeben sein würden" (Motive zur KO S. 461 ff.; RGZ 42, 278).

Die Entscheidung des RG ist aus zwei Gründen über ihr engeres Feld hinaus bemerkenswert:

Sie ist ergangen nach Erlaß des Aktiengesetzes vom 30. Januar 1937; der Gesetzgeber dieses Gesetzes hat solche Fälle nicht geregelt. Es hätte nahe gelegen, daß das RG — wie in anderen Fällen — gesagt hätte, § 2 StGB beziehe sich nur auf „unbewußte Lücken" des Gesetzes, und eine solche liege hier nicht vor, da der Gesetzgeber diese Fälle nicht geregelt habe, obwohl ihm ihr Vorkommen bekannt gewesen sei. Auf der anderen Seite hätte ein Gegenschluß aus dem neuen Depotgesetz („Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren" vom 4. Februar 1937) gezogen werden können, dessen § 39 I die nicht mit Organeigenschaft ausgestatteten geschäftsleitenden Personen ausdrücklich mit einschließt[136]). Es wäre sicherlich formalistisch gewesen, aus diesen beiden neuen Gesetzen zu folgern, es widerspreche dem Gesetz, Personen, die nur tatsächlich, nicht aber rechtlich Organstellung einnehmen, nach den für Organe geltenden Vorschriften zu bestrafen.

Das RG hat richtig ausgeführt: „Die Anwendung des § 2 würde sich dann verbieten, wenn der Gesetzgeber die strafrechtliche Verantwortlichkeit bewußt auf den eingetragenen Geschäftsführer beschränkt hätte. Es ist aber im Gegenteil anzunehmen, daß er an Fälle der Art, wie er hier vorliegt, nicht gedacht hat".

Denkbar wäre auch gewesen, Abhilfe von der Teilnahmelehre her zu suchen[137]). Die in Rede stehende Tat war als Sonderdelikt (mit beschränktem Täterkreis) anzusehen, das ein Nicht-Qualifizierter zwar nicht in Täterschaft (auch in der Form der mittelbaren), wohl aber als Gehilfe, nach h. M. auch als Anstifter begehen kann[138]). Da es im Sonderfall beim Haupttäter zwar nicht am tatbestandsmäßigen Handeln (Unterlassen), aber an der Schuld fehlte, konnte unter Verleugnung des Anlehnungsprinzips eine Bestrafung des Angeklagten als Teilnehmer in Erwägung gezogen werden. Das RG hat auch das nicht getan, die Frage überhaupt nicht erörtert. Das kann nur gebilligt werden.

---

[136]) vgl. Pfdt.-Neub. II b 51 S. 38 Anm. 2 zu § 39.
[137]) vgl. oben § 11.

2. Dem Urteil des 5. Senats stimmt der 1. Senat in dem Urteil 1 D 669/37 (E. 72, 65) ausdrücklich zu. Dieser Senat geht sogar noch darüber hinaus, indem er der Ansicht ist, „daß in entsprechender Anwendung des § 240 I Nr. 2 KO auch der, der als Beauftragter des Inhabers eines Einzelhandelsgeschäfts allein dieses Geschäft tatsächlich leitet und die Bücher führt, für unordentliche Buchführung an Stelle des Schuldners bestraft werden muß, wenn gegen den Schuldner selbst deshalb nicht eingeschritten werden kann, weil ihm kein Verschulden nachzuweisen ist". Auch in diesem Fall wäre eine Bestrafung des Angeklagten wegen Beihilfe zu der Tat des Geschäftsinhabers in Frage gekommen, die nach dem Urteil aber nur dann Platz greifen soll, wenn der Geschäftsinhaber — es handelte sich auch hier um eine Frau — selbst strafbar sei. Auch diesem Urteil des RG wird man in vollem Umfange zustimmen können[139]).

II. Ein anderes, hierher gehöriges Problem ist die Frage: „Können die Organe juristischer Personen, die im Interesse ihrer Körperschaften Rechtsgüter Dritter verletzen, bestraft werden?"[140]) Bruns gibt (S. 13 ff.) eine eingehende Zusammenstellung aller gesetzlichen Vorschriften, bei denen das Problem entsteht. Es sei hier nur an den § 288 StGB (Vollstreckungsvereitelung) gedacht (Bruns S. 41 ff.); Täter dieses Delikts kann nur der Vollstreckungsschuldner sein, dem die Zwangsvollstreckung droht, Bestandteile „seines" Vermögens muß er beiseite schaffen. Beides ist beim Organ der juristischen Person nicht der Fall, welches Vermögensteile des Verbandes dem Zugriff der Verbandsgläubiger entzieht.

Die Rechtsprechung hat bisher diese Fälle nicht bestrafen können[141]), und zwar selbst dann nicht einmal, wenn der Täter Geschäftsführer einer G.m.b.H. war, deren sämtliche Geschäftsanteile er besaß (Einmanngesellschaft)[142]). Dieser Rechtszustand war unerfreulich. Auch hier bietet § 2 n. F. die Möglichkeit der Abhilfe[143]).

In der Rechtsprechung hat davon in einem ähnlich liegenden Fall LG Meiningen, 2 Ns 34/37, Gebrauch gemacht. Der Angeklagte war geschäftsführender Angestellter einer Firma; in dieser Eigenschaft hat er 12 cbm Holz, das dem Forstfiskus gehörte, in der Absicht weggenommen, es seiner Firma rechtswidrig zuzueignen. Eine auf seinen eigenen Vorteil gerichtete Absicht war ihm nicht nachzuweisen. Da § 242 StGB aber die Absicht der rechtswidrigen Zueignung an „sich", d. h. den Täter, verlangt, konnte diese Strafbestimmung unmittelbar nicht angewendet werden. Der Angeklagte hatte nicht in der Absicht gehandelt,

---

138) im einzelnen vgl. Mezger, Lehrbuch, S. 452.
139) Goedel, DJ 38, 594 (V 11).
140) so der Titel der 1931 erschienenen Schrift von Bruns, Strfr. Abh. 295.
141) so z. B. E. 16, 124; 63, 134.
142) E. 60, 234; Wach VDB 8, 59.
143) Schwarz, ZAkDR 36, 291; GS 106, 246; StGB § 288 Bem. 1 B b; Hubernagel, DJZ 35, 1203; Brinkmann, DJ 36, 1052.

über die Sache im eigenen Namen und zu eigenem Nutzen zu verfügen, sie für sich wirtschaftlich auszunützen, hatte also den in der Rechtsprechung entwickelten Begriff des „sich rechtswidrig zuzueignen“ nicht erfüllt. Das gesunde Volksempfinden verlangt aber auch für seine Tat Bestrafung[144]) und der Grundgedanke des § 242 StGB steht nicht entgegen.

Wie sehr solche Rechtsprechung dem heutigen Rechtsempfinden entspricht, zeigt der Bericht der amtlichen Strafrechtskommission; dort ist (Gürtner I) in § 8 eine Bestimmung vorgeschlagen: „Handelt der Täter als Organ oder Vertreter für einen anderen, so wird er bestraft, wie wenn er für sich selbst gehandelt hätte“.

§ 22.

Einzelne Entscheidungen:

Vergehen.

I. Hausfriedensbruch, Verletzung des Briefgeheimnisses.
§§ 123, 299 StGB.

Eine neugierige und klatschsüchtige Frau hatte wiederholt mit einem Nachschlüssel den Hausbriefkasten eines anderen Hausbewohners, ohne ihn zu beschädigen, geöffnet und die darin enthaltenen Briefe auf kurze Zeit entnommen, um Kenntnis von den Absenderangaben auf den Briefumschlägen zu erlangen.

Das Amtsgericht verurteilte unter entsprechender Anwendung des § 299 StGB. Diese Verurteilung hob das OLG Jena, Ss 109/36, auf. Mit Recht, denn der Grundgedanke des § 299 StGB geht dahin, verschlossene Schriftstücke, nicht offene Mitteilungen, zu schützen[145]). Ist schon eine Postkarte ihrem ganzen Inhalt nach nicht geschützt, um wie viel weniger dann die bloße Absenderabgabe auf einem Briefumschlag! Wer eine Mitteilung vor den Augen Unbefugter verwahren will, der muß sie „verschließen“; tut er es nicht, so setzt er sie bewußt der Gefahr aus, von Unbefugten gelesen zu werden. An einem besonderen strafrechtlichen Schutz besteht dann aber kein Interesse. Eine Erweiterung des Schutzes dahin, daß auch nicht-verschlossene, aber weggeschlossene (im Schreibpult, Briefkasten) Urkunden oder Briefe erfaßt würden[146]), ist nicht angebracht.

Die Staatsanwaltschaft hatte zu erwägen gegeben, den § 123 entsprechend anzuwenden. Es war dabei wohl an die Alternative gedacht: „wer in die Wohnung, in die Geschäftsräume oder in das befriedete Besitztum eines anderen .... widerrechtlich eindringt“. Auch das wurde

---

144) Der Laie wird die Tat als Diebstahl bezeichnen.
145) Dalcke, § 2 Bem. 2a, S. 9.
146) vgl. Frank, § 299 II 3.

zutreffend abgelehnt. Durch § 123 StGB soll der Hausfrieden, die persönliche Freiheit und Sicherheit des Berechtigten in seiner Betätigung in Haus und Hof geschützt werden; diese wird durch einen Eingriff in den Briefkasten nicht bedroht. § 123 steht unter der Überschrift des 7. Abschnitts: „Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung"; auch das deutet darauf hin, daß an Störungen der Ordnung des Hauses usw. gedacht ist, die gröberer Art sind als die hier in Rede stehende[147]).

Übrigens wäre eine Prüfung der Frage, ob die analoge Anwendung einer dieser Vorschriften zur Bestrafung führen könne, nicht nötig gewesen. Nach § 369 Nr. 1 StGB wird bestraft, wer ohne Genehmigung des Wohnungsinhabers Schlüssel zu Zimmern oder Behältnissen in der Wohnung anfertigt oder Schlösser an denselben öffnet. Der mitgeteilte Sachverhalt läßt nicht erkennen, ob die Angeklagte den Nachschlüssel eigens anfertigte oder anfertigen ließ; jedenfalls hat sie aber unbefugt ein Schloß an einem Behältnis eröffnet. Bedenken könnten nur daran bestehen, daß der Briefkasten nicht „in" der Wohnung, sondern offenbar „an" der Wohnung war. Hier dürfte aber gegen die Heranziehung des § 2 StGB kein Bedenken bestehen. Denn ersichtlich will § 369 Nr. 1 StGB die dort genannten Zimmer und Behältnisse, die zu einer Wohnung gehören, vor Handlungen schützen, die zu einer Gefährdung des Eigentums führen können.

II. Arrestbruch. § 137 StGB.

Schon in unmittelbarer Anwendung des § 137 StGB kam das OLG Hamburg, Ss 86/35, in folgendem Fall zur Verurteilung: Der Angeklagte, ein Milchverteiler, war vom Verwaltungsmeister aufgefordert worden, die bei ihm befindliche Milch zum Lebensmittel-Untersuchungsamt zu bringen; um zu verhindern, daß seine Milch untersucht werde, ließ er den Kasten mit den Milchflaschen auf die Straße fallen, sodaß die Milch ausfloß. In Anlehnung an die Rechtsprechung des RG sieht das OLG in der Aufforderung durch den Verwaltungsbeamten bereits eine Beschlagnahme i. S. der §§ 94 ff. StPO. Der Angeklagte hatte sonach durch sein Vorgehen die Milch der Verstrickung entzogen. Es hätte daher des Hinweises auf § 2 StGB nicht bedurft.

III. Körperverletzung. § 223 StGB.

Ein „Musterbeispiel für verfehlte Anwendung des neuen § 2" nennt Schäfer in JW 36, 1615 Nr. 23 die dort mitgeteilte Entscheidung des Amtsgerichts Weißenfels, 2 Ls 9/36. Der Angeklagte hatte einen anderen durch Schläge mit einem Schlauch angegriffen und getroffen. Da der Geschlagene die Schläge mit der Hand auffing, die hart und schwielig, daher schmerzunempfindlich war, taten sie ihm nicht weh.

[147]) zustimmend: Kohlrausch, § 2 VII 5.

Das AG glaubte, § 223 nicht unmittelbar anwenden zu können; das gesunde Volksempfinden verlange aber Bestrafung. Schäfer meint, eine körperliche Mißhandlung im Sinne des Wortlautes des § 223 StGB liege auch dann vor, wenn der Geschlagene infolge besonderer Körperbeschaffenheit die Schläge nicht empfinde[148]). Demgegenüber weist Kohlrausch zutreffend darauf hin[149]), daß die Rechtsprechung in der Frage, ob Hervorrufung von Schmerzen Erfordernis für die Anwendung des § 223 StGB sei, nicht einheitlich ist.

Es kann dahingestellt bleiben, welche Lehrmeinung den Vorzug verdient. Der Heranziehung des § 2 bedurfte es jedenfalls höchstens nach der Meinung Kohlrauschs. Es kann aber auch hier zweifelhaft sein, ob das Erfordernis der „Schmerzzufügung“, das im gesetzlichen Tatbestand nicht aufgestellt ist, nicht schon im Wege der Auslegung beseitigt werden könnte.

IV. Gefährdung des Telegraphenbetriebs. § 317 StGB.

In einem vom Schöffengericht Bamberg entschiedenen Fall (C 1098/35) hatte der Angeklagte in einem Transformatorenhaus die Hauptsicherung der elektrischen Lichtleitung zurückgeschraubt, sodaß in den umliegenden Dörfern das elektrische Licht erlosch, und hatte sich unter Mitnahme des Schlüssels zum Transformatorenhaus entfernt. Das Urteil verurteilte aus §§ 2, 317 StGB, dessen Grundgedanke sei, die Allgemeinheit vor einer unbefugten Außerbetriebsetzung elektrischer Anlagen, die ihr dienen sollen, zu schützen. Dieser Grundgedanke treffe bei einer eine ganze Ortschaft mit Licht versorgenden Anlage in gleichem Maße zu wie bei einer Telegraphenanlage, die in § 317 dem Wortlaut nach allein geschützt sei.

Schäfer[150]) hält das Urteil für verfehlt, er meint, es sei § 304 StGB unmittelbar anwendbar. Es handle sich bei dem Transformatorenhaus und der Lichtleitung um eine sog. zusammengesetzte Sache; bei solchen liege Sachbeschädigung schon dann vor, wenn die Sache unbrauchbar gemacht werde. Wir möchten dem nicht ohne weiteres zustimmen. Der § 317 StGB ist gegenüber § 304 StGB eine Spezialvorschrift; es muß also in erster Linie geprüft werden, ob § 317 StGB in unmittelbarer oder mittelbarer Anwendung zutrifft. Schon seinem Wortlaut nach scheint § 317 StGB weitgehend erfüllt zu sein:

„Wer vorsätzlich und rechtswidrig den Betrieb einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanlage dadurch verhindert oder gefährdet, daß er Teile oder Zubehörungen derselben beschädigt oder Veränderungen daran vornimmt ....“

Eine Selbstbeschränkung des Gesetzes auf Telegraphenanlagen in dem Sinne, daß eine Anwendung der Vorschrift auf andere Anlagen

---

148) E. 19, 136; ebenso Frank, § 232 I 1 m. Nachw.
149) § 2 VII 10; § 223 I 1.
150) JW 37, 968 Nr. 67 Anm.; ebenso Becker, DJ 37, 457.

nicht möglich wäre, scheint uns nicht vorzuliegen. Schon § 318 a hat den Telegraphenanlagen Rohrpost- und Fernsprechanlagen gleichgestellt. Diese Beschränkung scheint nur aus historischen Gründen — die Vorschriften sind durch Gesetz vom 13. Mai 1891 geschaffen — erklärlich. Nach der seitherigen Entwicklung der Technik ist aber die Allgemeinheit an der Intaktheit öffentlicher elektrischer Lichtanlagen aufs höchste interessiert. Dieses Interesse verdient ebenso Schutz wie bei den Telegraphenanlagen. Es dürfte daher eine innere Wertgleichheit vorliegen. Daher wird der Weg, den das Schöffengericht beschritten hat, vorzuziehen sein.

V. Sachbeschädigung. § 303 StGB.

Schon früher hat die Rechtsprechung im Wege der Auslegung angenommen, daß Sachbeschädigung nicht nur dann vorliege, wenn die Substanz der Sache vernichtet wird, sondern schon dann, wenn die Sache in ihrer Brauchbarkeit zur Erfüllung ihrer Zweckbestimmung beeinträchtigt wird. So ließ E. 20, 182 die Außerbetriebsetzung einer Maschine durch Einklemmen eines Gegenstandes genügen[151]), E. 64, 250 die Entfernung des Fahnentuchs von der Fahne. Nach diesen Grundsätzen ließ sich auch — ohne Zuhilfenahme des § 2 — der Fall des Amtsgerichts Stadtroda, D Ls 3/35 lösen. Dort hatte der Angeklagte von einem Grammophonapparat die Schalldose entfernt und mitgenommen, ohne daß ihm Diebstahlsabsicht nachweisbar war. Der Apparat war dadurch unbrauchbar geworden. Damit war der Tatbestand des § 303 unmittelbar gegeben[152]).

VI. Grabschändung. § 168 StGB.

In § 168 StGB ist u. a. unter Strafe gestellt, das Verüben beschimpfenden Unfugs an einem Grabe. Grundgedanke ist der Schutz der Ruhestätte der Toten. Das RG hat auf Grund des § 2 StGB diesen dem Wortlaut des Gesetzes nach nur dem Grab gewährten Schutz auf die Leichenhalle ausgedehnt, in der die Leiche vor der Bestattung aufgebahrt liegt. (5 D 578/37). Anlaß dazu gab folgender Fall:

Die beiden Angeklagten betraten in betrunkenem Zustand die Leichenhalle, hoben den Deckel vom Sarge ihres Vaters, tranken „in lauter und lärmender Weise“ Schnaps, prosteten dem Toten zu und wollten der Leiche sogar einen Becher Schnaps einflößen.

Daß eine derartige, von roher und pietätloser Gesinnung zeugende Handlungsweise nach gesundem Volksempfinden Strafe verdient, kann nicht zweifelhaft sein. Auch die Anwendung des § 168 StGB ist unbedenklich[153]).

---

[151]) Sabotage; Frank, § 303 II 1.

[152]) Schäfer JW 36, 1702 Nr. 39 Anm.; Becker, DJ 37, 457; Kohlrausch, § 2 VII 15; § 303 Bem. 4, 5.

[153]) ebenso Gallas, ZAkDR 38, 60 Anm.; Schwarz, GS 110, 369, 370/72 gibt eine genauere Schilderung des Sachverhalts.

VII. Widerstand. § 113 StGB.

Der Grundgedanke des § 113 StGB ist der Schutz des Vollstreckungsbeamten vor Gewaltsamkeiten. Das ergibt notwendig die Auslegung der Bestimmung, wo nur von „Gewalt, Bedrohung mit Gewalt, tätlichem Angriff" die Rede ist. Es sind nur bestimmte Mittel des „Widerstand-Leistens" mit Strafe bedroht, nicht das Widerstandleisten als solches. Daher muß das Urteil des Amtsgerichts München, 7 Cs 495/37, als verfehlt bezeichnet werden, welches in analoger Anwendung des § 113 denjenigen bestrafen will, der den Vollstreckungsbeamten in der Ausübung seines Amtes dadurch behinderte, daß er das Zimmer, in dem sich die gepfändeten Gegenstände befanden, abschloß, sodaß sich der Beamte Eintritt nur dadurch verschaffen konnte, daß er das Zimmer durch einen Schlosser aufsperren ließ.

Das Urteil sah den Grundgedanken des Gesetzes darin, daß es auch denjenigen erfassen wolle, der dem Beamten nicht das nötige Maß von Achtung bei seiner Amtstätigkeit entgegenbringe. Das ist aber ersichtlich nicht der Zweck des Gesetzes. Passiver Widerstand ist nicht strafbar[154]). Im übrigen ist es zum mindesten zweifelhaft, ob das gesunde Volksempfinden in solchem Falle Bestrafung fordert.

VIII. Gemeingefährliche Sachbeschädigung. § 304 StGB.

„Grundgedanke der qualifizierten Sachbeschädigung ist die Vernichtung oder Brauchbarkeitsminderung von Kulturgütern, nicht der Schutz des Eigentums, wie bei einfacher Sachbeschädigung"[155]). Die positive Ausprägung dieses Grundgedankens in § 304 StGB, die nach feststehender Rechtsprechung Beschädigung von Sachen, welche zum öffentlichen Gebrauch bestimmt sind oder unmittelbar dazu dienen, voraussetzt, sah das RG in 4 D 598/37 (E. 72, 1) schon für unmittelbar anwendbar an. Dort hatte der Angeklagte aus Mißgunst eine Anzahl von Bienenvölkern seiner Nachbarn vernichtet[156]). Ob es sich nicht doch um einen Fall entsprechender Gesetzesanwendung handelt, stellt Wolf a. a. O. mit Recht zur Erörterung.

Ganz ähnlich war auch im Falle des AG Burgau, PLs 422/36 (DJ 37, 123) der § 304 entsprechend anzuwenden, wo der Angeklagte aus Rachsucht im Acker seiner Nachbarn Untraut gesät hatte[157]).

IX. Gefährliche Körperverletzung. § 223 a StGB.

Die Beibringung von Gift und anderen gesundheitsstörenden Stoffen stellt § 229 StGB unter Strafdrohung. Fehlt dem beigebrachten Stoff diese Eigenschaft, so kann er nicht unter den Begriff des „gefährlichen

---

154) Schäfer, JW 37, 1790 Nr. 25 Anm.; Kohlrausch, § 2 VII 4, S. 33; ablehnend auch Mezger, ZAkDR 38, 119; Goedel, DJ 38, 588 (I 10).
155) Wolf, ZAkDR 38, 101 Anm.
156) zustimmend: Schwarz, GS 110, 384—387; Goedel, DJ 38, 594 (V 9).
157) zustimmend: Grau, DJ 37, 123 Anm.

Werkzeugs" gebracht und die Tat nach § 223 a bestraft werden. Denn der Grundgedanke dieser Vorschrift ist die schärfere Bestrafung der Verwendung von mechanisch wirkenden Gegenständen oder Anwendung von gewaltsamen Mitteln. Chemische Einwirkung ist in § 229 auf Gifte und ähnliche Stoffe beschränkt. Deshalb hat das RG in 1 D 946/37 (DJ 38, 518) mit Recht entsprechende Anwendung des § 223 a auf Beibringung eines (nicht giftigen) Pulvers abgelehnt[158]).

X. Urkundendelikte. §§ 267, 268, 274 StGB.

In dem vom KG 2 Ss 96/37 entschiedenen Fall hatte der Angeklagte, ein Jude, um eine Entlassung wegen seiner Rassenzugehörigkeit zu verhindern, auf den Steuerkarten, bevor er sie seiner Firma einreichte, die Stelle unkenntlich gemacht, auf welcher als Angabe der Religion der Vermerk „Jd." stand. Unmittelbar waren weder die Vorschriften der §§ 267, 268 StGB, noch § 274 Nr. 1 noch § 263 StGB anwendbar. Es kam aber auch eine entsprechende Anwendung dieser Bestimmungen nicht in Frage. Das Schöffengericht hatte als Erstgericht die §§ 267, 268 analog anwenden wollen; zutreffend folgert aber das KG aus § 274 Nr. 1 StGB, daß die Beschädigung einer Urkunde unter dem Gesichtspunkt eines Urkundendelikts nur dann strafbar ist, wenn die Tat in der Absicht geschieht, einem anderen Nachteil zuzufügen. Daran fehlte es hier.

§ 23.

Einzelne Entscheidungen:

Übertretungen.

I. Grober Unfug. § 360 Nr. 11 StGB.

Das OLG Köln, Ss 180/35, hat den Versuch eines Amtsgerichts abgelehnt, den Tatbestand des „groben Unfugs" entsprechend anzuwenden auf einen Fall, wo der Angeklagte auf einer Postkarte gegenüber der Empfängerin einen Satz beleidigenden Inhalts anbrachte. Die Tat war unter dem Gesichtspunkt der Beleidigung nicht verfolgbar, da die Beleidigte keinen Strafantrag stellte. Das Amtsgericht meinte, nach der Rechtsprechung zu § 360 Nr. 11 StGB sei zwar Voraussetzung, daß das Publikum als solches, nicht nur einzelne Personen oder bestimmte Personenkreise betroffen seien und daß die öffentliche Ordnung verletzt sei; diese Auffassung beruhe aber auf einer überholten Rechtsauffassung.

Diese Ausführungen des Instanzurteils erklärte das Revisionsgericht mit Recht für irrig. Wären sie richtig, so könnte jede Beleidigung, auch wenn kein Strafantrag gestellt ist, im Offizialverfahren verfolgt werden, und es müßte in jedem Fall zwischen § 185 und § 360 Nr. 11 StGB

---

[158]) die Begründung des RG ist freilich abzulehnen: oben § 2. Im übrigen vgl. etwa Bernau, Der Begriff der gefährlichen Werkzeuge im § 223 a StGB, Strfr Abh. 2, und RGRspr 4, 298.

Idealkonkurrenz angenommen werden — beides gleich unmöglich. Außerdem fordert auch das gesunde Volksempfinden im obigen Fall keine Bestrafung.

II. Verletzung der Unterhaltspflicht. § 361 Nr. 10 StGB.

Die Fälle sind nicht selten, in denen ein — meist außerehelicher — Vater seiner Unterhaltspflicht gegenüber dem Kinde nicht nachkommt, obwohl er dazu in der Lage wäre. Die Rechtsprechung sucht seit jeher nach Handhaben, um diesem Übel auch strafrechtlich zu steuern. Seit Inkrafttreten des § 2 StGB sind bereits eine Reihe von Entscheidungen bekannt geworden, die sich mit der Anwendung des § 361 Nr. 10 StGB auf diese Fälle befassen.

Diese Vorschrift besagt, daß derjenige bestraft wird, der

> „. . . . obschon er in der Lage ist, diejenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, zu unterhalten, sich der Unterhaltspflicht trotz der Aufforderung der zuständigen Behörde derart entzieht, daß durch Vermittlung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß“.

Dieser Tatbestand ist in den meisten Fällen dieser Art nicht erfüllt. Meist fehlt es an der Aufforderung des Unterhaltspflichtigen durch die zuständige Behörde, meist an der Inanspruchnahme fremder Hilfe durch Vermittlung der Behörde. Dabei sind die Fälle aber fast ausnahmslos in höchstem Maß strafwürdig.

Im Falle des Amtsgerichts Apolda, 3 Cs 3/36, hatte der Angeklagte ein zweijähriges (eheliches) Kind zu unterhalten. Er hat seinem Arbeitgeber erklärt, er werde nur noch so viel arbeiten, daß er den pfändungsfreien Betrag verdiene, für ihn reiche dieser Betrag aus, das Kind bekomme dann nichts. Als trotzdem gepfändet wurde, legte er die Arbeit nieder. Da die Aufforderung durch die zuständige Behörde nicht erfolgte, konnte § 361 Nr. 10 StGB nicht unmittelbar angewendet werden. Das Amtsgericht hat in entsprechender Anwendung verurteilt, da Grundgedanke des Gesetzes sei, jede böswillige Verletzung der Unterhaltspflicht zu bestrafen.

Schon Schäfer[159]) weist aber zutreffend darauf hin, daß damit der Grundgedanke des § 361 Nr. 10 StGB verkannt sei; die Verletzung der Unterhaltspflicht soll nur strafbar sein, wenn sie zusammentrifft mit der Nichtbefolgung einer Aufforderung seitens der (zuständigen) Behörde. Damit wird es auch unmöglich, im Wege des § 2 StGB zu helfen[160]).

Auch das weitere Erfordernis des Tatbestandes des § 361 Nr. 10, nämlich die Aufforderung durch die zuständige Behörde, kann nicht durch § 2 StGB entbehrlich gemacht werden. Das hat OLG Jena,

---

159) JW 36, 1701 Nr. 38 Anm.

160) so auch Rößler, JW 37, 2496; daß im vorliegenden Fall der § 361 Nr. 5 StGB unmittelbar anwendbar gewesen wäre, kann Schäfer a. a. O. übrigens nicht in dieser Allgemeinheit zugegeben werden: auch dort muß die Vermittlung fremder Hilfe durch die Behörde stattfinden.

Ss 34/37, ausgesprochen[161]), wo übrigens zugleich der — nicht strafrechtliche — Weg gezeigt wird, auf dem so unerfreuliche Dinge wirksam abgestellt werden können.

Endlich hat das RG in 3 D 260/37 festgestellt, daß auch dann nicht strafrechtlich eingeschritten werden kann, wenn zwar fremde Hilfe für den Unterhaltsberechtigten eintreten muß, wenn diese aber nicht durch Vermittlung der Behörde beansprucht wurde. In seiner zustimmenden Anmerkung zu diesem Urteil weist Dahm darauf hin[162]), daß der Grundgedanke der Vorschrift nicht nur im Schutz der öffentlichen Armenpflege, sondern auch im Schutz der Familie gesehen werden müsse. Das genügt aber nicht, um eine entsprechende Anwendung in Fällen zu rechtfertigen, die nur dem einen Teil des Grundgedankens unterfallen.

III. Fälschung von Legitimationspapieren. § 363 StGB.

Dem Amtsgericht Homburg (Saar), 5 Cs 213/36, lag folgender Fall vor: Der Angeklagte gab sich einem Postbeamten als Privatsekretär einer einflußreichen Persönlichkeit aus und veranlaßte den Beamten, beim Arbeitsamt im angeblichen Auftrag dieser hochstehenden Persönlichkeit anzurufen und zu erklären, der angebliche Auftraggeber habe den Wunsch, daß der Angeklagte unverzüglich in Arbeit gebracht werde.

Es interessiert in diesem Zusammenhang nicht näher, daß die Tat als Betrugsversuch oder vollendeter Betrug bereits unmittelbar strafbar war[163]), was das Amtsgericht fälschlich verneint hatte. Die von dem Gericht gewollte entsprechende Anwendung des § 363 StGB müßte aber versagen. Das Urteil sieht den Grundgedanken dieser Vorschrift in dem Verbot, Täuschungshandlungen zum Zwecke eines besseren Fortkommens vorzunehmen. Das ist aber ersichtlich nicht der Sinn des § 363; die Vorschrift läßt vielmehr durch ihre Aufzählung und den Gebrauch des Sammelbegriffs „Urkunde“ erkennen, daß sie ein Sonderfall der Urkundendelikte sein soll, nicht ein Sonderfall des Betrugs. Die Täuschung mit einer Urkunde ist der Tatbestandskern des Delikts.

---

[161]) dazu Anm. Schäfer, JW 37, 1812; Dalcke, § 361 Bem. 79.
[162]) ZAkDR 37, 728; zustimmend auch Mezger, ZAkDR 38, 119; Dalcke, § 361 Bem. 79 b; Goedel, DJ 38, 591 (III 10).
[163]) dazu Schäfer, JW 36, 3015 Nr. 71 Anm.; Goedel, DJ 38, 588 (I 6).

II.

Nebengesetze.

§ 24.

Verkehrsstrafrecht.

I. Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen (KFG) vom 3. Mai 1909.

1. Führerflucht.

Nach § 22 I KFG wird bestraft der Führer eines Kraftfahrzeugs, der es nach einem Unfall unternimmt, sich der Feststellung des Fahrzeugs und seiner Person durch die Flucht zu entziehen. Die Vorschrift spricht nur vom Führer eines „Kraftfahrzeugs“, ihr unterfällt also z. B. nicht der Radfahrer. In einer — soweit wir sehen, nicht veröffentlichten — Entscheidung befaßt sich ein Amtsgericht mit der Frage der entsprechenden Anwendung und hat sie verneint[164]). Der Wille des Gesetzgebers sei, meint es, nur dahin gegangen, den Autofahrer zu bestrafen; hätte der Gesetzgeber die Führerflucht auch beim Radfahrer unter Strafdrohung stellen wollen, so hätte er dies im Gesetz zum Ausdruck bringen müssen. Diese Begründung befriedigt nicht ganz, denn es kommt auf den Willen des Gesetzes, nicht des Gesetzgebers an. § 2 StGB ist dazu da, den zu engen gesetzgeberischen Ausdruck richtig zu stellen. Man kann daher eine Analogieentscheidung nicht mit der Begründung ablehnen, der Gesetzgeber hätte den nichtgeregelten Fall eben regeln sollen — dann wäre § 2 StGB sinnlos.

Daß auch der flüchtende Radfahrer nach gesundem Volksempfinden Strafe verdient, sollte nicht zweifelhaft sein. Wer einen Unfall herbeigeführt hat, soll helfen und soll zur Klärung beitragen, indem er den Mut aufbringt, sich zu stellen. „Der Benützer eines raschen Verkehrsmittels soll verhindert werden, nach einem Unfall die Möglichkeit der schnellen Fortbewegung auszunutzen und sich dadurch, daß er unerkannt verschwindet, der straf- und zivilrechtlichen Verantwortlichkeit für sein Tun zu entziehen.“[165]) Dieser Grundgedanke trifft auf den Radfahrer ebenso zu wie auf den Kraftfahrer. Auch der Radfahrer kann ziemlich rasch entkommen, und zwar noch leichter als der Kraftfahrer unerkannt, da diesem das Nummernschild zum Verräter werden kann.

---

[164]) vgl. „Frankfurter Zeitung“ vom 12. I. 1937, Nr. 20/21, „Analogie beim Radfahrer?“, ferner Schwarz, ZAkDR 36, 287.

[165]) so Sternagel-Haase, S. 92.

Die geltende Gesetzeslage läßt aber eine Bestrafung des Radfahrers nicht zu. Denn wenn das Gesetz selbst in § 27 I KFG die Anwendung der Vorschriften des Teils III des KFG, wozu auch der § 22 I gehört, auf Kleinkrafträder ausdrücklich ausschließt, so muß das erst recht für den Radfahrer gelten[166]).

2. Nach § 22 II KFG wird bestraft der Führer eines Kraftfahrzeugs, der eine bei einem Unfall verletzte Person vorsätzlich in hilfloser Lage verläßt.

In 2 D 846/36 hatte der Angeklagte zwei Radfahrerinnen angefahren. Die ältere war sofort tot, die jüngere, die 10jährige Erika R., blieb fast unverletzt. Der Angeklagte war, obwohl er den Unfall bemerkt hatte, weitergefahren. Die Strafkammer hat ihn von der Anklage nach § 22 II KFG freigesprochen. Die Revision der Staatsanwaltschaft machte geltend, der Grundgedanke der Vorschrift treffe zu. Der flüchtende Kraftfahrer werde bestraft, weil er sich entferne, obwohl er wisse, daß er jemand überfahren habe und daß dieser infolge des Unfalls hilfsbedürftig sein könne. Dem Angeklagten sei nicht bekannt gewesen, daß die Frau R. bei dem Unfall ihr Leben eingebüßt hatte, er habe vielmehr den Umständen nach damit rechnen müssen, daß die Verunglückten, wenn er ihnen nicht helfe, gefährdet seien.

Das RG lehnt die unmittelbare Anwendung zutreffend ab, da weder Erika R. noch ihre getötete Mutter „hilflos" gewesen seien. Auch eine entsprechende Anwendbarkeit verneint das RG mit der Begründung, der auf die Tat unmittelbar anwendbare § 330 c StGB erschöpfe den Unrechtsgehalt der Tat völlig. Diese Entscheidung kann nicht gebilligt werden. Denn wenn § 330 c StGB mit § 22 II KFG in Idealkonkurrenz treten kann, sofern beide auf die Tat unmittelbar zutreffen, müssen sie es auch, wenn eine von ihnen gemäß § 2 StGB anwendbar ist[167]). Es wird also die Frage nur sein, ob § 22 II KFG seinem Grundgedanken nach zutrifft. Wir möchten die Frage nicht unbedingt bejahen; den Grundgedanken des § 22 II KFG ins Subjektive zu verflüchtigen, wie es die Revision tut, begegnet Bedenken. Die Vorschrift will weniger erreichen, daß der Kraftfahrer anhält, als vielmehr, daß er dem Hilfsbedürftigen beisteht; es kommt also auf objektive Merkmale an.

II. Verordnung gegen unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern vom 20. Oktober 1932 (RGBl. I 496).

Nach § 1 I dieser VO ist strafbar, „wer ein Kraftfahrzeug oder ein Fahrrad gegen den Willen des Berechtigten in Gebrauch nimmt". Das RG sieht in 4 D 546/37 den Grundgedanken dieser Vorschrift darin, daß

---

[166]) so auch Sternagel-Haase a. a. O.; anders May DAutoR 36, 39; vgl. Steffan, JW 36, 982 f.; Gülde, JW 35, 3354; anders auch Rejewski, Seite 55 f.

[167]) Kohlrausch, § 2 VII, 21 S. 40; auch § 2 IV 6 S. 29; vgl. Steffan, JW 36, 983; gegen das Urteil auch Schwarz, GS 110, 369, 380; StGB Anhang zu § 2 Bem. I 2 C c und IV 3 B. Vgl. auch oben § 2.

die sog. Schwarzfahrten unterbunden werden sollten, im Interesse nicht so sehr des Fahrzeughalters als vielmehr des Verkehrs. Diese Auslegung des Grundgedankens der VO erscheint uns nicht zutreffend; für die enge Fassung der Vorschrift dürften weniger verkehrspolizeiliche als vielmehr die Erwägungen maßgebend gewesen sein, die Krug in ZAkDR 38, 168 Anm. darlegt. Im Ergebnis ist der Entscheidung zuzustimmen: das Gesetz ist bewußt auf Kraftfahrzeuge und Fahrräder beschränkt.

III. Berufsfahrer. § 222 II StGB.

In der Entscheidung 3 D 913/36 steht das RG auf dem Standpunkt, daß ein SA-Angehöriger, der seit mehr als 1 Jahr damit betraut war, einen Dienstkraftwagen der SA zu fahren, als Berufsfahrer in entsprechender Anwendung des § 222 II zu bestrafen sei, wenn er bei einer Fahrt einen tödlichen Unfall verschuldet habe. Das RG geht dabei von der Auffassung aus, ein „Beruf" liege nur dann vor, wenn der Ausübende die Tätigkeit selbst und freiwillig erwählt habe. Zu seinem Ergebnis hätte das RG wohl schon im Wege der Auslegung gelangen können[168]).

IV. Daß die feste Umgrenzung des Kreises der Gefährdungsstraftaten der RStVO nicht nach § 2 StGB durchbrochen werden darf, spricht das Urteil 1 D 65/36 aus[169]). Diese Entscheidung hat durch die neue Straßenverkehrsordnung vom 13. November 1937 die praktische Bedeutung verloren.

§ 25.

Sonstige Nebengesetze.

I. Das „Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre" vom 15. September 1935 verbietet in § 2 den „außerehelichen Verkehr" zwischen Juden und deutschblütigen Staatsangehörigen und bestraft in § 5 den Mann, der diesem Verbot zuwider handelt. Was unter „außerehelichem Verkehr" nach § 2 zu verstehen sei, konnte zunächst zweifelhaft sein, wurde aber durch § 11 der „ersten Verordnung zur Ausführung des Gesetzes .... usw." vom 14. November 1935 dahin geklärt, daß außerehelicher Verkehr „nur" der Geschlechtsverkehr sei. Damit hat das Gesetz selbst in unmißverständlicher Weise und völlig eindeutig eine feste Grenze gezogen, die der Richter nicht überschreiten darf; er darf also nicht im Wege des § 2 StGB außerehelichen Verkehr eines Juden mit einer deutschen Frau, der nicht Geschlechtsverkehr ist, bestrafen. So RG 1 D 373/36[170]).

---

[168]) K. Schäfer, JW 37, 702 Nr. 18 Anm.

[169]) vgl. Lohmann, DJZ 36, 1103 ff.; Becker, DJ 37, 457; Mezger, ZAkDR 38, 118; Goedel, DJ 38, 591 (III 3).

[170]) dazu: Leppin, JW 37, 3076, 3078; Maßfeller, JW 35, 3427; Stuckart — Globke, S. 112; Gütt — Linden — Maßfeller, S. 210.

II. Devisenrecht.

1. Um ausländischen Gläubigern deutscher Schuldner, die infolge der Devisennot der deutschen Wirtschaft ihre Schulden nicht transferieren konnten, die Verwertung ihrer Guthaben zu ermöglichen, war durch das deutsche Kreditabkommen von 1933 die Bestimmung eingeführt worden, daß der Ausländer die sog. Registerguthaben im Innern Deutschlands zur Begleichung von Reise-, Hotel- und Verpflegungskosten und zur Deckung sonstiger Ausgaben des täglichen Bedarfs verwenden durfte. Der Zweck der Vorschrift war, den Reiseverkehr in Deutschland zu heben und zugleich die Abtragung von Schulden gegen Ausländer zu ermöglichen. Dieser Zweck wäre nicht erreicht worden, wenn Ausländer die Registermarkbeträge zur Abdeckung sonstiger inländischer Schulden verwendet hätten, die sie andernfalls in Devisen hätten abdecken müssen. Deshalb stellte § 37 Nr. 4 Dev.VO 1932 unter Strafdrohung denjenigen, der den von der Devisenstelle gemachten Auflagen oder den ihr gegenüber übernommenen Verpflichtungen nicht nachkam[171]). Nun war den Angeklagten im Falle RG 2 D 787/35 nicht nachzuweisen, daß sie bei Abhebung der Registermarkbeträge ausdrücklich die Verpflichtung übernommen hatten, die Beträge nur zu den im Kreditabkommen 1933 zugelassenen Zwecken zu verwenden. Sie hatten damit für ausländische Schuldner inländische Schulden abgedeckt. Es wurde aber festgestellt, daß sich die Angeklagten jederzeit bewußt waren, daß sie die Gelder rechtmäßig nur zu den vorgesehenen Zwecken verwenden durften und die einschlägigen Vorschriften kannten. Das RG hat deshalb die genannte Strafvorschrift für anwendbar erachtet „im Hinblick auf die Begründung, mit der Art. 2 des Gesetzes für Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des GVG vom 28. Juni 1935 eingeleitet worden ist“. Das RG glaubte demnach offenbar, mit erweiternder Auslegung auskommen zu können. Die Anwendung des § 2 n. F. scheint sich aus zeitlichen Gründen verboten zu haben. Es dürfte sich aber in der Tat um einen Fall analoger Rechtsanwendung handeln[172]), denn man wird mit dem Mittel bloßer Auslegung nicht dazu gelangen können, die Kenntnis der Vorschriften über die Verwendung von Registermarkbeträgen der Übernahme einer Verpflichtung gegenüber der Devisenstelle gleichzustellen.

2. Einen zweiten Fall der Analogie im Devisenstrafrecht bietet RG 2 D 284/37. Dort hatte der Angeklagte einem Goldhändler zwei außer Kurs gesetzte Golddollarmünzen zum Kauf angeboten und, als der Händler auf das devisenrechtliche Verbot hinwies, die Münzen durch Breitschlagung in „bewirtschaftungsfreie“ Ware verwandelt. In dieser Form gab er sie abermals dem Händler zum Ankauf. Dem Gesetzeswortlaut nach war in dem Vorgehen des Angeklagten keine strafbare Handlung zu sehen. Denn in dem Breitschlagen der Münzen liegt

---

[171]) heute bestimmt das gleiche § 43 Nr. 6 Dev. G. 1935 i. d. F. des Ges. vom 1. 12. 1936.

[172]) so auch Hartenstein, JW 36, 991 Nr. 5 Anm.

keine verbotene „Verfügung“ im Sinne des § 10 Dev.G. 1935, die nach § 42 Nr. 3 Dev.G. strafbar wäre[173]). Das RG hat aber in seinem die Sache an das LG zurückverweisenden Urteil offengelassen, ob nicht die Tat im Wege des § 2 StGB strafbar sei.

Schulz macht dagegen geltend, es müßte „dem Rechtsverkehr eine klare, in ihren Grenzen deutlich feststellbare Rechtslage“ erhalten bleiben und es dürfe die Strafbarkeit nicht auf Handlungen ausgedehnt werden, die nicht „Verfügung“ seien. Wenn diese Bedenken auch in der Regel beachtlich sein werden, so kann doch im Einzelfall die entsprechende Anwendung der Strafvorschriften geboten sein. Im vorliegenden Fall ist die Absicht des Angeklagten unverkennbar, die Devisenvorschriften zu umgehen: sein ganzes Vorgehen zielte nur darauf ab, die beiden Münzen „bewirtschaftungsfrei“ zu machen, um dann darüber verfügen zu können. Eine solche Umgehung des Gesetzes muß im Wege des § 2 StGB erfaßt werden.

III. Reichsjagdgesetz.

Nach § 60 II Nr. 13 RJagdG vom 3. Juli 1934 wird bestraft, „wer Hunde oder Katzen unbeaufsichtigt in einem Jagdbezirk laufen läßt“. Die Vorschrift bezieht sich auf § 40 II Nr. 2 RJagdG, wo dem Jagdschutzberechtigten die Befugnis gegeben wird, „Hunde, die im Jagdbezirk außerhalb der Einwirkung ihres Herrn, und Katzen, die in einer Entfernung von mehr als 200 m vom nächsten bewohnten Hause getroffen werden, zu töten“.

Das OLG Düsseldorf, Gs 141/35, hatte folgenden Fall zu entscheiden: die Angeklagten hatten im fremden Jagdbezirk ihre Hunde laufen lassen; die Hunde waren aber nicht „unbeaufsichtigt“ gewesen. Das OLG wendet daher den § 60 II Nr. 13 nicht unmittelbar an, will aber gem. § 2 StGB aus der Vorschrift strafen. Es verneint mit Recht das Vorliegen eines Wildereivergehens nach § 292 StGB; denn wenn auch der Begriff des „Nachstellens“ in § 292 StGB vom RG weit ausgelegt wird[174]), so muß man doch eine Tätigkeit verlangen, die auf Erlegung oder Besitzergreifung von Wild gerichtet war; eine solche haben die Angeklagten nicht entwickelt, wenn sie die Hunde zuweilen „zu Übungszwecken hinter dem Wild herlaufen ließen“[175]). Die analoge Anwendung des § 60 II Nr. 13 muß gebilligt werden. Wenn Schäfer meint, die Vorschrift sei kraft des Schlusses a minori ad maius schon unmittelbar anzuwenden, so übersieht er, daß gerade dieser Schluß ein Analogieschluß ist.

---

[173]) Schulz, JW 37, 2940; Turowski, JW 37, 2966 Anm.

[174]) vgl. 4 D 288/36 vom 26. Mai 1936, JW 36, 2234 Nr. 32.

[175]) damit erledigen sich aus dem Urteil selbst die Bedenken Schäfers, DStrR 3, 373.

III.

Verfahrensrecht.

§ 26.

Analoge Anwendung von Prozeßvorschriften.

Als allgemeiner Rechtsgedanke war die Analogie schon immer auch im Gebiete des Strafverfahrensrechts zulässig. Hieran hat der § 2 StGB n. F. nicht geändert[176]).

I. Das Legalitätsprinzip und § 154 StPO.

Die StPO gestattet in § 154 abweichend vom Grundsatz des Verfolgungszwangs (Legalitätsprinzip) des § 152 II der Staatsanwaltschaft, wenn dem Anzuklagenden mehrere (selbständige Taten im Sinne des § 74 StGB vorgeworfen werden und wenn einzelne davon neben den anderen nicht ins Gewicht fallen, von der Erhebung der öffentlichen Klage wegen der kleineren Delikte abzusehen. Entsprechend kann das Gericht nach Erhebung der Klage das Verfahren wegen der Bagatelldelikte auf Antrag der Staatsanwaltschaft vorläufig einstellen (§ 154 II). Die Regelung hat sich als zweckmäßig und einem dringenden praktischen Bedürfnis entsprechend erwiesen. Umsomehr empfindet es die Praxis als hemmend, daß nicht dieselbe Möglichkeit auch für andere Fälle besteht, in denen das gleiche Bedürfnis aufkommt. So muß die Verfolgungsbehörde in Fällen der gewerbsmäßigen, gewohnheitsmäßigen oder fortgesetzten Tat jede Einzeltat oft unter unverhältnismäßigem Aufwand an Zeit, Mühe und Kosten erforschen und in der Hauptverhandlung aufrollen, Fälle, in denen oft mehr als 100 einzelne Betrugshandlungen, Unterschlagungen u. ä. zusammenkommen. Das Ergebnis der Ermittlungen lohnt häufig nicht den Aufwand.

Hier hilft analoge Anwendung des in § 154 StPO zum Ausdruck gekommenen Grundgedankens. In 2 D 632/36 hat das RG dies gebilligt. Das Schwurgericht hatte in seinem Urteil 37 Einzelfälle der Abtreibung als gewerbsmäßige Tat abgeurteilt, eine ganze Reihe weiterer Einzelfälle aber ausdrücklich unbeachtet gelassen. Das RG billigt dies, da es „dem Interesse der beschleunigten und sicheren Rechtspflege dient, wenn die Ausdehnung der Ermittlung schwierig und zeitraubend oder das Ergebnis zweifelhaft ist, einzelne Fälle wegzulassen“[177]).

---

[176]) ebenso Brinkmann, DJ 35, 1587; Schwarz, GS 110, 369, 382; Gelbert, DStrR 5, 15 ff.

[177]) in diesem Sinne schon vor der Entscheidung des RG: Lehmann, DJ 35, 1005; Brinkmann a. a. O.

II. Verfahrenskosten. § 470 StPO.

Die geltende StPO hat dem Antragsteller, der durch Rücknahme seines Strafantrags die Einstellung des Strafverfahrens herbeiführt, die Kosten des Verfahrens aufgebürdet (§ 470 StPO). Der Grund für diese Regelung war, zu verhindern, daß Antragsberechtigte den Strafantrag nur stellen, um vom Täter irgendwelcher Vorteile oder wenigstens die Wiedergutmachung des Schadens zu erlangen[178]). Es sollte also verhindert werden, daß der Verletzte „unlautere private Zwecke auf Kosten des Staates" verfolge.

Die abstrakte Regel des Gesetzes ist ihrem Wortlaut nach auch dort anwendbar, wo der Antragsberechtigte nicht solche unlauteren Zwecke verfolgt, sondern aus dem Angeschuldigten wohlwollender Gesinnung heraus den Antrag zurücknimmt. Dem Sinn des Gesetzes entspräche in solchen Fällen die Überbürdung der Kosten auf den Antragsteller nicht. So hat das Amtsgericht Bautzen, 13 Ds 39/36 die Anwendung des § 470 StPO in einem solchen Fall abgelehnt und sich zur Rechtfertigung auf § 2 StGB berufen. Dem wird man zustimmen können.

III. Rechtskraft bei fortgesetztem Delikt.

Die Rechtskraftwirkung eines Strafurteils über eine im Fortsetzungszusammenhang begangene Gesetzesverletzung erstreckt sich auch auf solche vor der Verkündung des Urteils begangene, in den Fortsetzungszusammenhang gehörige Einzelhandlungen, die das Gericht nicht berücksichtigte, gleichviel, ob es sie kannte, feststellen konnte oder nicht. (E. 66, 45 m. Nachw.). An diesen Grundsätzen will RG 2 D 498/37 festhalten gegenüber einem Landgericht, das sich gehindert sah, einen Angeklagten, der wegen eines fortgesetzten Verbrechens rechtskräftig verurteilt war, wegen einer Reihe neu bekannt gewordener, nach Ansicht der Strafkammer in den Fortsetzungszusammenhang gehöriger Einzeltaten nochmals zu verfolgen. Die Strafkammer hatte nochmals verurteilt unter Berufung auf das gesunde Volksempfinden, das beleidigt sei durch den Gedanken, daß der Täter so für den wesentlichen Teil seiner verbrecherischen Tätigkeit ungestraft bleibe.

Im Ergebnis gelangt das RG zu einer befriedigenden Lösung, indem es feststellt, die Annahme einer fortgesetzten Handlung sei in jenem Fall aus Rechtsgründen verfehlt gewesen. Es ist zu bedauern, daß das Urteil sonach keinen Anlaß hatte, sich grundsätzlich mit der Frage des „fortgesetzten Delikts" und der Rechtskraftwirkung zu befassen. Das Landgericht hatte offenbar das richtige Gefühl, daß die bisherige Lehre und Rechtsprechung mit dem heutigen Rechtsdenken nicht mehr recht übereinstimmt und daß § 2 StGB, auf den es sich wenigstens stillschweigend beruft, auch in dieser Frage möglicherweise zu einer Überprüfung der bisherigen Anschauungen verpflichtet und berechtigt.

---

[178]) vgl. RG vom 4. Juli 1892, RGZ 32, 197.

Es mögen Bedenken bestehen, das Prinzip der Rechtskraft zu durchbrechen. Diese Bedenken entfallen aber dort, wo man aus einer anderen Begriffsbestimmung — und damit Rechtfertigung! — der „fortgesetzten Handlung“ auch zu einer neuen Umgrenzung der „Identität der Tat“ kommt[179]). Leitet man das Recht zur Zusammenfassung mehrerer (unselbständiger) Einzelhandlungen in „eine“ fortgesetzte Handlung nicht mehr aus der „Einheitlichkeit des Vorsatzes“, oder anderen, mehr äußerlichen und formalen Gesichtspunkten her[180]), sondern aus der Wertgleichheit (oder Unwertgleichheit) der mehreren Tätigkeitsakte in ihrer Zusammenfassung mit einer sonstigen („natürlichen“) Einzeltat[181]), so wird es gerade unter der Geltung des § 2 StGB auch von der „Rechtskraft“ her unbedenklich sein, Nämlichkeit der abgeurteilten mit der „neuen“ Tat zu verneinen, wenn diese „neue“ (= neu bekannt gewordene) Tat einen neuen (selbständigen) Unwert bedeutet.

---

[179]) dazu Mezger, Die fortgesetzte Handlung und das neue Strafrecht, ZAkDR 36, 929 ff.

[180]) zu vgl. Mezger, Lehrbuch, S. 463 ff.

[181]) Mezger, ZAkDR 36, 931.

IV.

Der strafrechtliche Schutz der Bewegung.

§ 27.

Dienststellen der Partei als Behörden.

Eine Gesetzeslücke liegt auch in den Fällen des sog. Wertungswandels vor[182]). Es handelt sich dabei um Fälle, wo der Gesetzgeber bei Abfassung des Gesetzes eine bestimmte technische, wirtschaftliche, sittliche, politische Wertung zugrunde legte, wo aber durch die spätere Entwicklung diese Wertung sich änderte. Die vom Gesetzgeber vorausgesetzten Verhältnisse wandeln sich, es treten Fälle auf, die denen nicht entsprechen, von denen der Gesetzgeber ausging. Es ist dann möglich, daß der Ausdruck des Gesetzes an sich eine Auslegung auch in dem Sinn zuläßt, der den gewandelten Verhältnissen gerecht wird (Auslegung), oder daß dies nicht der Fall ist; (dann Analogie, wenn deren Voraussetzungen zutreffen).

In zahlreichen Bestimmungen des geltenden StGB wird der Ausdruck „Behörde" gebraucht, so z. B. in §§ 114, 137, 139, 154, 158, 163 II, 164, 196, 278, 279, 360 Nr. 2, 4, 5; 363, 367 Nr. 1. Im Zeitpunkt der Abfassung des StGB war als Behörde anzusehen „ein ständiges, von der Person des Inhabers unabhängiges Organ der Staatsgewalt mit der Aufgabe, unter öffentlicher Autorität nach eigener Entschließung für die Zwecke des Staates tätig zu sein" (E. 54, 150; Frank § 114 II). Eine Behörde konnte unter dem früheren staatsrechtlichen Zustand nur durch die Staatsgewalt eingerichtet, nur aus dieser abgeleitet sein. Das war bei den staatsrechtlichen Verhältnissen der Zeit vor dem Umbruch zweifellos richtig. Durch die Wandlung der Staatsauffassung und der Staatseinrichtungen seit 1933 hat sich aber auch eine Wandlung in dieser Richtung vollzogen. Öffentliche, hoheitliche Aufgaben werden nicht mehr allein durch den Staat (den Staatsapparat) erfüllt, sondern ebenso durch die Partei. Auch die Partei hat „ständige, von der Person des Inhabers unabhängige Organe mit der Aufgabe, unter öffentlicher Autorität nach eigener Entschließung tätig zu sein". Allerdings sind diese Organe nicht Organe der Staatsgewalt und werden nicht „für die Zwecke des Staates" tätig.

Damit hat sich durch die Wandlung der staatsrechtlichen Verhältnisse ein Wertungswandel vollzogen. Es gibt heute auch „Behörden", die nicht staatliche Einrichtungen sind. Ob diese „Behörden" auch als solche

---

[182]) oben § 1.

im Sinne der oben erwähnten Vorschriften des StGB anzusehen sind, ist Gegenstand einer in Rechtsprechung und Literatur praktisch gewordenen Streitfrage, insbesondere für § 164 StGB[183]).

Das RG hat die Frage nicht einheitlich entschieden.

1 D 1075/36 (E. 71, 221), spricht der Gauleitung der NSDAP die Eigenschaft einer Behörde überhaupt ab, ebenso 6 D 299/35 und 4 D 640/36. Im Gegensatz dazu sah 2 D 234/37 (E. 71, 265) die Gauleitung als Behörde an, „jedenfalls für die hier allein zur Erörterung stehende Frage des strafrechtlichen Schutzes aus § 164 StGB ...., dessen Grundgedanken die Bekämpfung verächtlichen Denunziantentums und erhöhter Schutz des einzelnen als auch der Rechtspflege ist". Bereits diese Formulierung legt den Schluß nahe, daß das RG eine Gleichstellung von Staats- und Parteibehörden nur mit Hilfe des § 2 StGB erreichen zu können glaubt. Das ist dann auch ausgesprochen in 1 D 384/37 (E. 71, 288) für Dienststellen des WHW (vor dem Gesetz vom 1. 12. 36). In 1 D 869/36 (E. 71, 34) erklärt das RG den Stellvertreter des Führers für eine Behörde seit dem „Einheitsgesetz" (Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat vom 1. Dezember 1933). Auch die Parteigerichte sind Behörden, ihr Verfahren ist ein behördliches nach 3 D 31/38 (DJ 38, 789); ebenso kann der Kreisleiter als „Behörde" i. S. des § 164 StGB angesehen werden nach 1 D 790/37 (JW 38, 1314 Nr. 3)[184]).

Andere Gerichte haben, soweit bisher bekannt geworden, den Behördencharakter der Parteidienststellen regelmäßig bejaht: OLG Breslau in 18/4 Ss 61/36 (Reichsbeauftragter für das WHW vor dem Gesetz vom 1. 12. 36); LG Freiburg AK 326/35; OLG Stettin in einem Fall aus dem Zivilrecht, 4 U 19/36 (der SA-Mann handle in Ausübung öffentlicher Gewalt, daher trete Amtshaftung ein). Das KG hat in 2 Ss 25/37 das Amt für Volkswohlfahrt bei einer Ortsgruppe der NSDAP als Behörde im Sinn des § 196 StGB angesehen. Das OLG Dresden, 20 Ss 11/37, will Dienststellen der Partei nur in besonderen Fällen als Behörden ansehen, im übrigen durch entsprechende Anwendung (für § 164) helfen.

Das Problem ist kein solches des § 2 StGB[185]). Denn die bisherige Auslegung des Begriffs „Behörde" ging von den staatsrechtlichen Verhältnissen der Zeit vor dem nationalsozialistischen Umbruch aus, wo allerdings der Staat der alleinige Träger öffentlicher Befugnisse und

---

[183]) aus dem Schrifttum wären etwa zu nennen: Dietze, DRZ 34, 166; Ritter, JW 34, 2213; Koellreutter, RVBl. 35, 785; E. R. Huber, DJZ 35, 1022 Anm.; C. Schmitt, Staat, Bewegung, Volk, 1934; Dt Recht 34, 27; du Prel, Partei und Staat, Dt Recht 34, 429; Mezger, NSHandbuch, S. 1377 ff., 1393 f.; Dr. Frick, Partei und Staat, DJ 34, 1517; Reuß, JW 35, 2314 ff.; Winkelnkemper, Diss.; K. Schäfer, DStrR 4, 106 Anm.; Ritter, DJ 37, 1360 Anm.; Dennewitz, RVBl 34, 789 ff.

[184]) Der Abdruck in E. 72, 96 enthält die einschlägige Stelle nicht.

[185]) anders Mezger, ZAkDR 38, 119; wie hier: Dalcke, § 164 Bem. 88; § 2 Bem. 2 b, S. 12.

Aufgaben war. Der Begriff der Behörde ist aber im Gesetz selbst nirgends definiert, es steht also nichts im Wege, durch Auslegung den geänderten staatlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen. Heute ist, wobei im einzelnen auf die oben zitierten Schriften hingewiesen sei, der „Staat" nicht mehr der alleinige Träger hoheitlicher Funktionen, sondern gleichwertig neben ihm die Bewegung[186]). Auch ihre Dienststellen sind „Behörden" im Sinne des Strafrechts[187]).

Diese Folgerung legt insbesondere die Rechtsprechung des RG zu der Frage nahe, ob von Parteidienststellen ausgestellte Urkunden als „öffentliche" Urkunden angesehen werden können. Das RG hat das bisher immer, ohne Rücksicht auf die Zeit der Tat und auf § 2 StGB, bejaht: 5 D 642/35 für einen Prämienschein des WHW; 5 D 290—2/36 für Mitgliedsbücher der NSDAP (sogar schon vor dem Einheitsgesetz); 4 D 828/36 für das politische Unbedenklichkeitszeugnis des Kreisleiters; 4 D 905/36 für Urkunden einer SS-Standarte; 5 D 532/34 für Urkunden von Dienststellen.

„Öffentliche" Urkunden sind nach der Legaldefinition des § 415 ZPO, die auch für das StGB Geltung hat (E. 42, 233) solche, „welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind". Das RG konnte also zu seiner erwähnten Rechtsprechung nur kommen, wenn es die fragliche Dienststelle der Partei oder ihrer Gliederung als „öffentliche Behörde" ansah. Es ist aber nicht einzusehen, warum das nur für § 415 ZPO, nicht auch sonst gelten sollte.

Aus all dem folgt auch, daß nach § 132 StGB wegen Amtsanmaßung auch bestraft werden kann, wer sich unbefugt mit der Ausübung eines Amts der NSDAP befaßt. Auch ein solches Amt ist ein „öffentliches" im Sinne jener Vorschrift und die Gleichstellung kann erfolgen, ohne daß es einer Anwendung des § 2 StGB bedürfte. Es ist daher dem Urteil des Sondergerichts München, 16 a Js — So 2571/36, zuzustimmen; dort hatte der Angeklagte sich in mehreren Fällen als Beauftragten der Kreisleitung und Angehörigen der „politischen Abteilung" ausgegeben.

---

[186]) vgl. Menzel, RVBl. 36, 1088 ff., 1090: „Lehre von den zwei Hoheitsbereichen".

[187]) nicht entgegenstehend die zutreffende Entscheidung des Preuß. Kompetenzkonfliktshofs PrL 3042, die im Sinne des § 17 GVG Parteidienststellen nicht als (preußische) Behörden ansieht.

§ 28.

Amtswalter der Partei und ihrer Gliederungen als „Beamte".

Nur mit Hilfe des § 2 StGB läßt sich die Frage entscheiden, ob Amtsträger der Partei und ihrer Gliederungen im Sinne der strafrechtlichen Vorschriften über Amtsdelikte (28. Abschnitt des 2. Teils, §§ 331 ff.) den „Beamten" gleichzustellen seien. Denn hier definiert das StGB in § 359 selbst, was es unter „Beamten" versteht, nämlich „alle im Dienst des Reichs oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienst eines Bundesstaats auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellten Personen ....". Nach dieser gesetzlichen Erläuterung des Beamtenbegriffs ist es unmöglich, Amtsträger der Bewegung als „Beamte" i. S. des StGB anzusehen, denn Amtsträger der Bewegung stehen nicht im staatlichen Dienst. Die Partei steht nicht unter dem Staat oder im Staat, sondern neben dem Staat. Hier muß also, da Auslegung notwendig versagen muß, auf den inneren Sinn der strafrechtlichen Vorschriften über Amtsdelikte zurückgegangen werden: auf den Grundgedanken der Vorschriften[188]).

„Die qualifizierten Strafen, die in den Amtsverbrechen angedroht sind, sollen die Volksgesamtheit davor bewahren, daß der Inhaber eines öffentlichen Amtes, der für den einzelnen Volksgenossen innerhalb seiner Amtsausübung Autoritätsträger ist, sein Amt mißbraucht .... Der Sinn des § 359 ist, daß er den öffentlichen Amtsträger unter eine gesteigerte Verantwortung stellt"[189]). Der entscheidende Gesichtspunkt für die erhöhte Strafbarkeit des Beamten ist nicht die Beamteneigenschaft, ein formales Kriterium, sondern die Amtsträgerschaft, die Innehabung eines öffentlichen Amtes, die Bedeutung der Ausübung hoheitlicher oder öffentlicher Funktionen. „Wer eine hervorragende Stellung in der Volksgemeinschaft bekleidet, hat auch höhere Pflichten und damit eine höhere Verantwortung"[190]). Die gleichen Gesichtspunkte treffen aber auch auf den Amtsträger der Bewegung zu, ja auf ihn in vielleicht noch höherem Maße[191]). Der Grundgedanke des Gesetzes ist daher erfüllt, das gesunde Volksempfinden fordert die Gleichstellung.

Es sind drei Bedenken, die hier geltend gemacht werden könnten:

1. Der Grundgedanke der Beamtendelikte sei nicht nur die höhere Verantwortlichkeit des Amtsträgers, sondern ebensosehr in der Bedeutung der persönlichen Stellung des Beamten und der Beamteneigenschaft zu sehen[192]). Das ist nicht zutreffend; es mag dies dem Gesetzgeber bei der Schaffung der Beamtendelikte vorgeschwebt haben,

---

[188]) eingehend mit guten Gründen: Winkelnkemper, S. 50 ff.
[189]) Koellreutter, RVBl. 35, 785, 788.
[190]) NSLeitsätze II, Leits. 38, S. 82.
[191]) NSLeitsätze II, Leits. 36, 38, 43, 44.
[192]) NSLeitsätze II, S. 80.

aus der gesetzlichen Regelung ist es nicht zu entnehmen. Im Gegenteil: Die Rechtsprechung hat seit jeher unter Beamten im strafrechtlichen Sinn auch solche Personen verstanden, die nicht Beamte im staatsrechtlichen Sinn waren. Nur für solche aber träfen diese Erwägungen zu.

2. Der Gesetzgeber habe durch § 359 StGB eine „Selbstbeschränkung" vorgenommen; er wolle nur staatliche Beamte unter erhöhte Verantwortung stellen[193]). Dem ist aber nicht so. Der Gesetzgeber hat seinerzeit den Beamtendelikten einen alle Beamten umfassenden Anwendungsbereich gegeben; an Amtsträger der Bewegung konnte der Gesetzgeber von 1871 nicht denken, er konnte ihre besondere strafrechtliche Haftung also auch weder im positiven noch im negativen Sinn regeln[194]). Der nationalsozialistische Gesetzgeber hat zu der Frage noch nicht Stellung genommen; er hat zwar in § 4 Nr. 1 StGB den Ausdruck „Beamter" durch den Ausdruck „Träger eines deutschen Amtes" ersetzt, dagegen im neuen § 353 b (Gesetz vom 2. Juli 1936) wohl aus systematischen Gründen wieder den Ausdruck „Beamter" gebraucht. Eine Selbstbeschränkung des Gesetzes kann u. E. nicht angenommen werden.

3. Der erheblichste Einwand gegen die Gleichstellung von Beamten und Amtsträgern ist der, daß die Partei einer freieren Stellung bedürfe, daß die Gleichstellung zu einer justizförmigen Überwachung der Partei durch die staatlichen Gerichte führen würde[195]). Diese Bedenken sind beachtlich, können aber u. E. nicht durchgreifen. Die für die Bewegung und ihre Amtsträger nötige freiere Stellung wird nicht dadurch eingeengt, daß unlautere Elemente, die sich auch dort eindrängen können, mit den schärfsten Mitteln auch strafrechtlicher Art bekämpft werden. Eine „Kontrolle" der Bewegung und ihrer Tätigkeit durch den Richter ist mit der erhöhten strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Amtsträger weder gewollt noch zu erreichen. So wenig durch die strafrechtliche Verfolgung ungetreuer und verbrecherischer Amtsträger die staatliche Verwaltung kontrolliert wird, so wenig wird es die Partei[196]).

Das RG hat in 2 D 1486/34 in Ergebnis und Begründung zutreffend es abgelehnt, auf einen SA-Führer die Vorschriften über die Beamtendelikte unmittelbar anzuwenden; eine entsprechende Anwendung war zur Zeit der Entscheidung (Juni 1935) noch ausgeschlossen.

---

[193]) L. Schäfer, DJ 35, 994; dagegen Brinkmann, DJ 35, 1587.

[194]) Auch RG 5 D 731/37 sagt, eine entsprechende Anwendung von Vorschriften, die gegen Beamte erlassen sind, auf Personen, die beamtenähnliche Aufgaben zu erfüllen haben, sei nicht ausgeschlossen. Der Gesetzgeber habe bei Erlaß der Vorschriften nicht voraussehen können, daß künftig außer Beamten auch derartige Amtswalter solche beamtenähnlichen Aufgaben zu erfüllen haben würden.

[195]) Mezger, NSHandbuch, S. 1382 ff., 1400 ff.; den § 2 StGB berücksichtigen diese Ausführungen noch nicht.

[196]) dazu Winkelnkemper a. a. O. mit guten Gründen; auch Reuß, JW 35, 2318 bei N. 58.

Nicht ganz mit dieser Entscheidung zu vereinbaren sind allerdings zwei frühere, 3 D 1455/33 und 4 D 35/35, in denen das RG jeweils einen HJ-Führer in unmittelbarer Anwendung als Träger staatlicher Erziehungsmacht betrachtet hat; das war mit dieser Begründung jedenfalls nicht zutreffend, da die HJ jedenfalls vor dem „Gesetz über die Hitlerjugend" nicht vom Staate hergeleitet war[197]). In 6 D 140/35 lehnt es das RG wiederum mit zutreffender Begründung ab, Amtsträger eines der Partei angeschlossenen Verbandes als Beamte im strafrechtlichen Sinne anzusehen.

Unter der Geltung des § 2 StGB hat das RG diese seine Auffassung erst einmal überprüft. In folgerichtiger Fortführung seiner Rechtsprechung zu der Frage des „Behördencharakters" der Parteidienststellen und der Eigenschaft von Parteiurkunden als „öffentlicher" mußte es dazu kommen, Amtsträger der Bewegung und ihrer Gliederungen den „Beamten" im strafrechtlichen Sinne gleich zu behandeln[198]). Für Amtsträger der sog. angeschlossenen Verbände konnte das zunächst zweifelhaft erscheinen[199]); das RG hat aber in 5 D 731/37 auch für diese die Gleichstellung durchgeführt. Diese Entscheidung betont wieder zutreffend, daß eine unmittelbare Anwendung der für Beamte geltenden Strafvorschriften auf Personen, die nicht Beamte sind, nicht stattfinden dürfe; eine entsprechende Anwendung sei aber nicht ausgeschlossen. Im gegebenen Fall war sie sogar geboten, da der Angeklagte als Amtswalter der NSV Aufgaben zu erfüllen hatte, die „so eng mit den auf dem Gebiet des Armenrechts liegenden Aufgaben des Staates und der Gemeinden verwandt" seien und sich mit ihnen so eng berühren, „daß man mit Recht die Tätigkeit der Amtswalter der NSV, soweit ihnen die genannten Befugnisse zustehen, als eine beamtenähnliche bezeichnen kann"[200]).

---

[197]) Näher: Menzel, RVBl 36, 1088 ff.

[198]) zur ganzen Frage vgl. die zu § 27 N. 183 genannten Schriften; ferner: Haidn — Fischer Anm. 2 b zu § 3 des „Einheitsgesetzes".

[199]) das KG hatte in 2 Ss 25/37 die Gleichstellung für Amtsträger der NSV auch unter der Geltung des § 2 StGB abgelehnt.

[200]) die Entscheidung wird von Mezger, ZAkDR 38, 193 unter III gebilligt; damit dürfte wohl die in N. 195 erwähnte Meinung überholt sein. Zustimmend auch Schwarz, GS 110, 369, 376/7.

Schlußbemerkung.

Das Wesen des „Grundgedankens".

Es liegt gewiß nicht im Sinne des § 2 StGB, abstrakte Regeln über die Fälle seiner Anwendbarkeit aufzustellen. Ebensowenig wird es daher notwendig oder auch nur möglich sein, den Begriff und das Wesen des „Grundgedankens" der Strafgesetze etwa zu definieren, etwas Allgemeingültiges darüber auszusagen. Die Bindung des Richters an den Grundgedanken des Gesetzes ist an die Stelle der Bindung an das Gesetz getreten, das Gesetz als „Umsetzung des Grundgedankens des völkischen Rechtsgewissens in die Wirklichkeit des Rechtslebens"[1]) ist der Wegweiser geworden zur Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit[2]).

Das Gesetz selbst aber, in seiner abstrakten Formulierung, stellt nur den Versuch dar, mit seinen Tatbestandsmerkmalen aus den im Leben vorkommenden Einzelfällen das Wesentliche, immer Wiederkehrende herauszugreifen, Typen und Kategorien zu bilden[3]). Hinter dem Gesetz aber und über ihm steht sein Grundgedanke, aus dem es abgeleitet ist[4]), der ihm zugrundeliegt, nicht ein abstrakter und notwendig noch mehr verallgemeinerter logischer Obersatz, aus dem als Untersatz das Gesetz „folgt", sondern die Fülle der konkreten Lebensvorgänge, aus denen das Gesetz das Typische und Gleichbleibende entnommen hat[5]). Das Gesetz ist der Versuch zu einer abgrenzenden Beschreibung bestimmter Gruppen von Tätertypen, der „Grundgedanke" die Wiedergewinnung dieser Tätertypen aus dem Gesetz selbst[6]). Nicht durch eine logische Denkoperation allein kann also der Grundgedanke eines Gesetzes ermittelt werden, sondern nur durch ein teleologisches[7]), im Wege wertender Abwägung zu gewinnendes Urteil[8]). Es ist der Inhalt des Gesetzes, seine Beweggründe, seine ratio darauf zu untersuchen, ob sie einer Weiterentwicklung fähig sind.

---

[1]) Siegert, JW 35, 889.
[2]) Zimmerl, Gesetz, S. 234.
[3]) Zimmerl, a. a. O., S. 237/38.
[4]) Kohlrausch, § 2 IV 2. Schmidt-Rimpler spricht vom „Richtigkeitsgedanken" des Gesetzes; dieser Ausdruck dürfte gleichbedeutend sein mit dem „Grundgedanken" i. S. des § 2 StGB n. F.
[5]) Schmidt-Rimpler nennt, S. 79, das Gesetz „ein sich seiner Gründe bewußt werdendes Fallrecht".
[6]) Mezger, ZStrW 57, 680.
[7]) vgl. Riezler, Das Rechtsgefühl, 1921, S. 145 f.
[8]) Mezger, a. a. O., S. 682.

Der Grundgedanke des Gesetzes ist daher auch nicht eine bloße äußere Ähnlichkeit des konkreten mit dem abstrakten gesetzlichen Tatbild[9]), sondern die Übereinstimmung des Unrechts- und Schuldgehalts mit dem unter Berücksichtigung sämtlicher Merkmale des gesetzlichen Tatbestands gefundenen Deliktstypus[10]), die Gleichwertigkeit eines generellen Tat- und Tätertypus mit dem gesetzlichen Typus[11]). Nicht eine weitere Abstrahierung führt sonach zum Grundgedanken; er ist eine Konkretisierung, ein Rückgriff auf die hinter dem Gesetz stehenden, von ihm erfaßen Lebensvorgänge, eine Besinnung auf ihren inneren Rechts- und Unrechtsgehalt.

---

[9]) K. Schäfer, JW 35, 2324; Mezger, ZAkDR 37, 58 Anm.; auch RG 2 D 647/36; 3 D 1000/37.

[10]) Zimmerl, Auslegung, S. 180. „Deliktstypus" und „Tätertypus" werden hier nicht als Gegensätze, sondern synonym gebraucht.

[11]) Mezger, ZStrW 57, 681.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 23. Oktober 1912 zu Hof (Saale) als zweiter Sohn des jetzigen Bankvorstandes Hans Heinrich und seiner Ehefrau Marie geb. Stoll. Nach vierjährigem Besuch der Volkshauptschule, davon die beiden letzten Jahre in Nürnberg, kam ich im Jahre 1923 an das Melanchthon-Gymnasium zu Nürnberg, im Jahre 1925 infolge Übersiedlung meiner Eltern nach München an das hiesige Wilhelms-Gymnasium. Dort legte ich zu Ostern 1932 die Reifeprüfung ab. Hierauf studierte ich an der Münchner Universität sieben Semester Rechts- und Staatswissenschaft. Am 15. Juni 1935 bestand ich beim Justizprüfungsamt des Oberlandesgerichts München die erste juristische Staatsprüfung. Seit 15. Juli 1935 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst, zur Zeit im letzten Ausbildungsabschnitt beim Landgericht München I.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 15. Juni 1938.

PILGER
DRUCK